Die Gebrauchspflicht des Mieters und Pächters

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ernst Wickenhagen

aus Dessau

Approbiert am 27. Januar 1936

1936

Druck: Triltsch & Huther, Berlin

1936/128

Referent: Univ.-Professor Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Bedeutung und Problematik der Gebrauchspflicht 5
§ 2. Ingebrauchnahme, Abnahme, Annahme 6
§ 3. Gebrauchspflicht und Obhutspflicht 12
§ 4. Gesetz und Gebrauchspflicht 17
§ 5. Inhalt der Gebrauchspflicht. Folgen des Nichtgebrauchs 24
I. Die selbständige Gebrauchspflicht 24
II. Die mittelbare oder abhängige Gebrauchspflicht 32
§ 6. Die Gebrauchspflicht bei gemischten Miet- und Pachtverträgen 37
§ 7. Beispiele stillschweigender Auferlegung 42
§ 8. Die Gebrauchspflicht im ausländischen Recht 44
§ 9. Ergebnis 47

§ 1. Bedeutung und Problematik der Gebrauchspflicht.

Bei so ungemein häufig vorkommenden Rechtsverhältnissen wie der Miete und der Pacht, die auch die Rechtsprechung vielfach beschäftigen, erscheint es angesichts des umfangreichen Schrifttums, das darüber erwachsen ist, doch erstaunlich, daß immer noch einzelne Gebiete dieses Rechtskreises fast ganz unbeachtet geblieben sind. So hat sich mit der Frage, ob und inwieweit eine Gebrauchs p f l i c h t besteht und wie ihr Wesen aufzufassen ist, bisher noch niemand zusammenfassend beschäftigt.

K o h l e r [1]) hat mehrfach diese Frage berührt, die Problematik zum Teil auch schon aufgedeckt und klar gestellt, ohne aber näher darauf einzugehen. Sie gehört gewiß nicht zu den wichtigen großen Problemen des Miet- und Pachtrechts; immerhin dürfte es an der Zeit sein, einmal den Versuch zu machen, den Begriff dieser vielfach mit der Abnahme- und Obhutspflicht verwechselten Verpflichtung zu klären.

Die Rechtsprechung hatte sich kurz mit dieser Frage zu beschäftigen, als auf Grund der Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutz des inneren Friedens vom 8. Dezember 1931 (RGBl. I S. 699 ff) eine Durchführungsverordnung erging, die das durch die Verordnung gewährte außerordentliche Kündigungsrecht nicht gelten ließ bei Gebäuden oder Räumen, die mit der Bestimmung einer Gebrauchsverpflichtung vermietet waren[2]). Die Entscheidungen der Gerichte und das darüber entstandene Schrifttum beschäftigen sich aber nur damit, in welchen einzelnen Fällen eine Gebrauchspflicht anzunehmen sei und in welchen nicht. Eine grundsätzliche Untersuchung des Wesens dieser Pflicht erfolgte damals nicht.

Streit herrschte über die Frage vor allem deswegen, weil das Gesetz die Pflichten des Mieters nicht vollkommen aufzählt, sondern nur einen Teil derselben. Der Mieter hat den vereinbarten Mietzins zu zahlen (§ 535 S. 2), er darf nur einen vertragsmäßigen Gebrauch von der Sache machen (§ 550) und hat sie nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben (§ 556 Abs. 1). Auf die Pacht finden die gleichen Bestimmungen Anwendung (§ 581 Abs. 2); nur darf der Pächter daneben die Früchte nach ordnungsmäßigen, wirtschaftlichen Ge-

---

[1]) Lehrb. S. 323 f.; Arch.bürg.R. 13 S. 181 f.; Arch.z.Pr. 71 S. 397 ff.

[2]) Art. 8 der Verordnung über die außerordentliche Mietkündigung zum 5. Januar 1932 vom 23. XII. 1931 (RGBl. I S. 796) lautet: „Die Vorschriften über die außerordentliche Kündigung gelten nicht für Gebäude oder Räume, die mit der Bestimmung vermietet worden sind, daß der Mieter verpflichtet ist, den Gebrauch auszuüben." — Gleiches gilt (Art. 9) für die Pacht.

sichtspunkten zu ziehen (§ 581 Abs. 1). Für die Pacht von Grundstücken, insbesondere von landwirtschaftlichen Grundstücken, gelten noch besondere Vorschriften. Damit erschöpfen sich aber die gesetzlichen Bestimmungen.

Die Pflichten des Mieters und Pächters sind damit jedoch noch nicht vollständig aufgezählt. Vor allem ist daran zu denken, daß der Mieter fast regelmäßig in den Besitz der Mietsache kommt und sie ordentlich zu pflegen hat, weil der Vermieter hierzu nicht mehr in der Lage ist. Es trifft den Mieter und ebenso den Pächter die Obhuts- oder Sorgfaltspflicht, die in das Gesetz nicht aufgenommen wurde, weil sie sich von selbst versteht[3]).

Es soll nun festgestellt werden, ob sich eine Gebrauchspflicht nicht ebenso von selbst versteht, oder ob sie sich sonst aus irgend einer gesetzlichen Vorschrift herleiten läßt. Es sei gleich an dieser Stelle auf die französische Rechtsprechung hingewiesen, die eine gesetzliche Gebrauchspflicht bei der Miete und Pacht annimmt[4]). Daß vertraglich eine solche Pflicht auferlegt werden kann, braucht nicht besonders betont zu werden.

Von Bedeutung ist es vor allem, das Wesen der Gebrauchspflicht überhaupt klarzustellen und sie von anderen Begriffen abzugrenzen. Dies soll das Hauptziel der Untersuchung sein. Dabei ist jedoch zu trennen zwischen den reinen Miet- und Pachtverträgen und den mit anderen Vertragsarten gemischten; denn bei letzteren taucht die Frage auf, ob die Gebrauchspflicht sich als Bestandteil des Mietvertrages oder des beigemischten Vertrages darstellt.

Anschließend sollen noch kurz einige praktische Fälle angeführt werden. Zum Schluß ist noch ein Blick auf die ausländische Gesetzgebung, Rechtsprechung und das ausländische Schrifttum zu werfen, wo die Frage zum Teil anders behandelt wird.

§ 2. Ingebrauchnahme, Abnahme, Annahme.

Wenn man den Begriff der Gebrauchspflicht abgrenzen will, ist es zunächst nötig, sein Verhältnis zu Annahme und Abnahme der angebotenen Leistung klarzustellen. Der Sprachgebrauch ist hier äußerst mannigfaltig, und die Meinungen gehen schon darüber auseinander, ob das Gesetz unter Annahme und Abnahme etwas Verschiedenes verstehe. Eine eingehende Behandlung der Frage kann an dieser Stelle nicht gegeben werden; nur sei zum Verständnis kurz folgendes bemerkt.

Das Gesetz spricht im allgemeinen von Annahme, und nur in 2 Fällen erwähnt es das Wort Abnahme: beim Kauf (§§ 433, 448) und beim Werkvertrag (§§ 640, 646). Die Annahme ist aufzufassen als der letzte Akt der Erfüllung unter Mitwirkung des Gläubigers, als die

[3]) Mot. II S. 401.
[4]) Vergl. § 8 unten.

Annahme als Erfüllung[1]). Bei der technischen Ausdrucksweise des Gesetzgebers darf nicht angenommen werden, daß unter Abnahme etwa das Gleiche zu verstehen sei. Bei der Abnahme handelt es sich vielmehr um etwas anderes und zwar, wie fast allgemein anerkannt ist[2]), um die körperliche Wegnahme, das auferre, das „Vom-Halse-schaffen". Bei körperlichen Dingen ist dem Schuldner mit der alleinigen Anerkennung der Leistung als Erfüllung nicht gedient, er muß auch von dem Gegenstand befreit werden, dieser muß ihm „abgenommen" werden. Erst dann kann von einer vollständigen Annahme gesprochen werden. Die Abnahme ist ein Teil der Annahme, eine Besonderheit der Annahme körperlicher Leistungsgegenstände[3]).

Andere sehen den wesentlichen Unterschied, der An- und Abnahme scharf trennt, darin, „daß das Gesetz von Annahme spricht, wenn der Erwerber als Gläubiger, und von Abnahme, wenn er als Schuldner in Betracht kommt"[4]). Davon ist soviel richtig, daß der Gläubiger nie zur Anerkennung der Leistung als Erfüllung verpflichtet ist, daß er jedoch hinsichtlich des zweiten Teiles der Annahme, der Abnahme, als Schuldner verpflichtet sein k a n n. Verletzung der Abnahmepflicht bedeutet dann Schuldnerverzug, aber auch zugleich Gläubigerverzug, weil die Abnahme einen Teil der Annahme bildet. Die Abnahme braucht jedoch nicht immer eine Schuldnerpflicht zu sein; sie ist es nur in den besonderen Fällen. Nimmt z. B. der Beschenkte die Sache nicht in Empfang, läßt er sie dem Schenker auf dem Halse, so ist dieser Abnahmeverzug lediglich Gläubigerverzug.

Eine wesentlich praktische Bedeutung kommt diesem Streite nicht zu; er soll lediglich den Gebrauch dieser Worte klarstellen. Die Annahme umfaßt nach der dargelegten Auffassung 1. die Anerkennung als Erfüllung, 2. bei Sachen die Abnahme, d. h. die körperliche Wegnahme, zu der man verpflichtet sein kann, aber nicht immer sein muß.

Aus dieser Auffassung heraus kommt man zu der Feststellung, daß Abnahme und Gebrauch eines Gegenstandes nur dann in Beziehung gebracht werden können, wenn es sich um körperliche Gegenstände, um Sachen, handelt. Bei der Miete verhält es sich immer so, weil das BGB nur Miete von körperlichen Gegenständen kennt (§ 535). Auch bei der Pacht werden die Dinge regelmäßig so liegen, daß zum Ziehen der Nutzungen der Besitz der Sache erforderlich ist, z. B. bei der Pacht eines Landgutes. Auch der mittelbare Besitz genügt, wie bei der Unterverpachtung, bei der dann bürgerliche Früchte gezogen werden. Selbst bei der Pacht eines Rechtes wird sich meist der Pächter im Besitz der Sachen befinden müssen, die die Ausbeute des Rechtes ermöglichen. So ist zum Erzielen von Früchten aus einer

---

[1]) Oertmann, § 464, 2 S. 613; § 363, 1 S. 372; Planck § 464, 1 a S. 710/11; Staudinger II vor § 293, S. 315; v. Buchka S. 4; Endemann S. 794 Nr. 7; Schwabe S. 13; RGZ 57 S. 358.

[2]) A.A. z. B. Kreß, Allg. Sch. S. 468.

[3]) So bes. Schwabe a.a.O. S. 13.

[4]) Jacobi Iher J. 45 S. 283; ebenso Staudinger I vor § 293 S. 365.

gepachteten Kohlenabbaugerechtigkeit der Besitz der Gruben Voraussetzung.

Es gibt jedoch Fälle bei der Pacht, in denen zur Fruchtziehung der Besitz einer Sache nicht notwendig ist. Bei der Jagdpacht ist der Besitz der Grundstücke, auf denen das Jagdrecht ausgeübt werden darf, nicht erforderlich. Dem Pächter muß es nur gestattet sein, die Grundstücke zur Ausübung seines Pachtrechts zu betreten[5]). In diesen verhältnismäßig seltenen Fällen kann die Nutzung nur in Beziehung zur Annahme, aber nicht zur Abnahme gesetzt werden. Hier zieht der Pächter die Früchte des Rechtes, ohne eine den Besitz voraussetzende Sache zu gebrauchen. Auf diese selteneren Fälle soll später eingegangen werden; zunächst soll der Gebrauch einer Sache von deren Abnahme unterschieden werden.

Eine scharfe Trennung dieser Begriffe wird von den meisten Schriftstellern nicht durchgeführt. Einmal wird von Abnahme oder Annahme der Sache gesprochen, in gleichem Sinne jedoch vom Gebrauch der Sache. So scheint es vielfach, als ob eine Unterscheidung nicht gemacht werde. Andere drücken sich undeutlich aus, obwohl sie an sich eine Unterscheidung durchführen[6]).

Ein solcher Unterschied besteht nun zweifellos. Der Mieter, der die Wohnungsschlüssel vom Vermieter in Empfang genommen hat, aber nicht einzieht, hat zwar die Wohnung abgenommen, ohne sie jedoch in Gebrauch zu nehmen. Der Mieter, dem das gemietete Pferd übergeben ist, und der es in seinem Stall stehen hat, ohne es zum Reiten oder Fahren zu verwenden, hat es abgenommen, ohne es zu gebrauchen. Hieraus läßt sich erkennen, daß die Abnahme und die Ingebrauchnahme einer Sache zwei verschiedene Dinge sind.

Diese Unterscheidung ist auch von praktischer Bedeutung, besonders mit Rücksicht auf die Obhutspflicht. Bei dieser Pflicht, die als selbstverständliche Vertragspflicht nicht in das Gesetz aufgenommen wurde[7]), kommt es sehr auf den Zeitpunkt an, von dem an sie dem Mieter obliegt. Hier findet sich in der Literatur häufig der Satz, daß erst mit dem Gebrauchmachen den Mieter diese Pflicht treffe[8]). Das

---

[5]) Dalcke S. 39; Weigand B I 1 vor §§ 12—21 S. 49; RGZ 51 S. 280; 70 S. 70 ff.

[6]) So Dernburg, Schuldverhältnisse II 1, S. 192: „Die Abnahmepflicht ist jedoch keineswegs bei allen Verträgen anzunehmen ... Auch der Vermieter einer Wohnung kann nicht verlangen, daß der Mieter die Mietsache etwa während der ganzen Dauer der Mietzeit bewohne." — Richtig wieder Bd. II 2, S. 209 N. 1. — Ebenso Brodmann a.a.O. S. 288, der sagt, nachdem er von der Abnahmepflicht des Käufers gehandelt hat: „Wer eine Wohnung vermietet, hat keinen Anspruch darauf, daß der andere sie bezieht." — In gleicher Weise Rehbein S. 135/36. Auch Staudinger I vor § 293 S. 365 erklärt im Zusammenhange mit der Abnahmepflicht: „Der Mieter z. B. ist nur berechtigt, aber nicht verpflichtet, die gemietete Wohnung zu beziehen."

[7]) Mot. II S. 401.

[8]) Leonhard a.a.O. S. 152: „Durch ihr Beziehen hat er die Obhut übernommen." — Brodmann a.a.O. S. 288: „Der Mieter ist zur pfleg-

kann jedoch nicht anerkannt werden. Der Mieter ist vielmehr zur Obhut bereits dann verpflichtet, wenn er die Sache abgenommen hat[9]). Wie sollte wohl der Vermieter, der dem Mieter die Wohnungsschlüssel und damit die Wohnung übergeben hat, noch für die Wohnung sorgen können, da er doch garnicht mehr heran kann! Sie ist mit der Abnahme in eine Gefahrensphäre gerückt, die der Vermieter nicht mehr übersehen kann[10]).

Es ist nun zwar möglich, daß der Mieter die Sache abnimmt, sie aber nicht gebraucht; doch der umgekehrte Fall ist nicht denkbar. Der Gebrauch einer Sache setzt in der Regel[11]) ihren Besitz voraus. Die Sache muß demnach regelmäßig dem Vermieter abgenommen sein, wenn sie der Mieter in Gebrauch nehmen will. Die Unterscheidung zwischen Abnahme und Gebrauch ist also recht wesentlich nur in den Fällen, in denen der Mieter die Sache abnimmt, sie aber nicht gebraucht. Da dies jedoch nur selten geschieht, so ist es leicht erklärlich, daß diese Begriffe gern vertauscht werden und nicht genau unterschieden werden.

Mit der bloßen Feststellung eines bestehenden Unterschiedes ist das Verhältnis von Abnahme und Ingebrauchnahme der Mietsache noch nicht geklärt. Da das Gebrauchmachen den Besitz der Sache und damit eine Abnahme voraussetzt, könnte man vielleicht auf den Gedanken kommen, daß jenes ebenso ein Teil der Abnahme ist wie diese ein Teil der Annahme. Die logische Konsequenz würde dann sein, daß der Gebrauch als Teil der Abnahme auch zur Annahme gehört. Wenn der Mieter die Sache dann nicht verwendet, würde er die angebotene Leistung nicht voll abgenommen und damit nicht voll angenommen haben. Er würde sich dann wenigstens in Gläubigerverzug und, wenn eine Pflicht zur Abnahme bestände, sogar in Schuldnerverzug befinden.

Das ist jedoch nicht zutreffend. Das Gebrauchmachen von einer Sache setzt zwar deren Abnahme voraus, ist jedoch kein Teil derselben. Es ist etwas ganz Besonderes, das nicht zu dem allgemeinen Begriff der Abnahme gehört. Damit, daß der Mieter die Wohnung übernommen hat, hat er bereits voll abgenommen. Ob er noch in die Wohnung einzieht oder einen anderen Gebrauch davon macht, ist für die Abnahme ohne Bedeutung. Durch Gebrauchsunterlassung kommt er nicht in Abnahmeverzug. Das Gebrauchmachen setzt erst an dem Punkte ein, wo die Abnahme schon voliendet ist.

Dennoch gerät der Mieter durch Nichtgebrauch auch in Annahmeverzug, aber nicht über den Weg des Abnahmeverzuges. Bei der

---

lichen Behandlung der Wohnung verpflichtet. Aber doch nur, weil und wenn er die Räume bewohnt."

[9]) So vor allem Kohler Ihering J. 17 S. 267 N. 1; Arch.bürg.R. 13 S. 182; Mittelstein S. 351; Enneccerus S. 464.

[10]) Henle S. 288.

[11]) Es sind auch Mietfälle denkbar, in denen der Besitz nicht notwendig ist. Vgl. Mot. II S. 369 f., Mittelstein S. 238. Doch das sind Ausnahmen, die am Ende dieses Abschnittes kurz behandelt werden.

Miete verhält es sich anders als beim Kauf. Der Vermieter hat die Sache nicht nur dem Mieter zu übergeben, sondern sie ihm zum Gebrauch zu überlassen während der ganzen Dauer der Mietzeit. Die Miete erschöpft sich nicht in einem einmaligen Akt, sondern sie bildet ein Dauerverhältnis, oder wie Kohler[12]) es treffend ausdrückt: „Die Pflicht des Vermieters erschöpft sich nicht in einer einmaligen Prästation, sie ist eine kontinuelle Ermöglichung des Sachgenusses."

Eine volle Erfüllung dieser Pflicht ist nicht ohne Mitwirkung des Mieters möglich. Es genügt bei diesem Dauerverhältnis nicht die einmalige Abnahme, sondern erforderlich ist eine dauernde Handlung des Mieters, um den Vermieter von seiner Gebrauchsgewährungspflicht zu befreien. Diese Mitwirkung kann aber nur durch den tatsächlichen Gebrauch geschehen. Da nun, wie auch Kohler[13]) richtig erkannt hat, bei der Miete die Erfüllungsbereitschaft der Erfüllung gleichsteht, hat der Vermieter mit dem ordnungsmäßigen Anbieten der Mietsache zum Gebrauch zunächst das Seinige getan. Das Unterlassen der Mitwirkung zur tatsächlichen Erfüllung setzt den Mieter in Annahmeverzug[14]). Da die Beteiligung des Mieters sich aus zwei Handlungen zusammensetzt, 1. der Abnahme, 2. der Ingebrauchnahme, so gerät er bei Unterlassen schon einer dieser Handlungen in Annahmeverzug.

Es ist keineswegs überflüssig, dem Mieter in einem solchen Fall die Folgen des Annahmeverzuges aufzubürden. Zwar trifft ihn die Obhutspflicht schon mit der Abnahme der Sache und nicht erst mit ihrer Ingebrauchnahme. Doch die Folgen des Annahmeverzuges liegen auf anderem Gebiet. Daß der Mieter die Gefahr des subjektiven Nichtbenutzenkönnens trägt, bestimmt schon § 552 S. 1 BGB. Wie steht es aber, wenn während des Annahmeverzuges die Gebrauchsmöglichkeit der Mietsache aus einem von keinem zu vertretenden Grunde unmöglich wird?

Bei Lösung dieser Frage herrscht Streit darüber, ob § 324 Abs. 2 BGB auf das Mietrecht anwendbar ist oder nicht. Staudinger[15]) und Planck[16]) bejahen die Frage ohne weitere Begründung, Mittelstein[17]) verneint. Man wird in diesem Punkte Mittelstein Recht geben müssen. Er lehnt eine Anwendung des § 324 Abs. 2 deshalb ab, weil diese Vorschrift auf dem Gedanken beruht, daß die Gefahr der Sache auf den anderen Teil übergegangen sei (§ 300 Abs. 2), bei der Miete die Gefahr des Unterganges aber trotz der Übergabe der Vermieter zu tragen habe. Die gegenteilige Ansicht führt zu unannehmbaren Folgerungen. Wenn z. B. das Mietshaus, das der Mieter bereits abgenommen, aber nicht in Gebrauch genommen hatte, durch

[12]) Ihering J. 17 S. 365.
[13]) Lehrbuch S. 203.
[14]) Vgl. Staudinger II 3 vor § 293 S. 365.
[15]) Staudinger § 537, I S. 421.
[16]) Planck vor § 537 S. 811.
[17]) Mittelstein S. 349.

Zufall vernichtet oder für den Mietzweck ungeeignet wird, dann soll der Mieter den Mietzins weiterhin zahlen müssen; wenn er dagegen dort gewohnt hätte, wäre er davon befreit gemäß § 537. Eine so weitgehende Haftungsverschiebung kann man nicht annehmen. Auch im Verzuge „trägt der Mieter nicht die Gefahr der Mietsache, aber er trägt die Gefahr und den Nachteil des subjektiven Nichtbenutzenkönnens“[18]).

Doch wird man im Annahmeverzug die Gefahr des Nichtbenutzenkönnens auf Zufälligkeiten ausdehnen müssen, die sonst nicht dem Mieter zur Last gefallen wären. Als Beispiel diene folgender Fall[19]):

Es vermietet jemand ein Gebäude zum Betriebe eines Warenhauses. Der Mieter nimmt das Haus ab, unterläßt es jedoch wegen der bestehenden Wirtschaftskrise, das Warenhaus zu eröffnen. Nach einiger Zeit wird durch das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels die Neueröffnung von Kaufhäusern untersagt und damit der Vertragszweck unmöglich. Dieses Ereignis hat weder der Vermieter noch der Mieter zu vertreten, es ist ein zufälliges. Nach der normalen Regel des § 537 BGB würde es dem Vermieter zur Last fallen und der Mieter kein Entgelt zu zahlen haben. Hier liegen die Dinge jedoch anders, weil der Mieter sich in Bezug auf den Gebrauch in Annahmeverzug befindet. Dadurch verschlechtert sich seine Stellung insofern, als ihm auch die zufällige Unmöglichkeit der Ingebrauchnahme zur Last fällt, soweit sie bei Benutzung der Sache nicht eingetreten wäre. Das ergibt sich nicht schon von selbst aus dem § 552 S. 1; denn das Gesetz, das die Neueröffnung verbietet, ist ein rein zufälliges Ereignis, für das aber während des Annahmeverzuges der Mieter einzustehen hat, weil es ohne den Verzug den Mietzweck nicht vereitelt hätte. Bei der Miete und Pacht muß man folgenden Satz anerkennen: „Wird während des Annahmeverzuges die Nutzungsmöglichkeit unmöglich durch ein zufälliges Ereignis, das bei Benutzung der Sache die Gebrauchsfähigkeit nicht beeinträchtigt hätte, dann bleibt die Mietzinspflicht unberührt.“ § 537 findet keine Anwendung.

Das Reichsgericht ist zu demselben Ergebnis gekommen, aber auf dem Wege über § 552 S. 1. Dieser ist jedoch auf diesen Fall direkt nicht anwendbar. Der Mieter hatte keinen Einfluß auf das Zustandekommen des Gesetzes. Man muß vielmehr im Verzuge gemäß § 300 Abs. 1 den Vermieter von seiner in § 537 zum Ausdruck gelangenden strengen Haftung befreien und kommt erst dadurch zu einem stärkeren Haftungsmaßstab für den Mieter.

In dem eben aufgestellten Satze liegt vor allem die Folge des Gebrauchsverzuges bei der Miete. Allein daraus ist schon zu ersehen, daß es nicht überflüssig ist, dem Mieter diese Nachteile aufzubürden.

Es hat sich also gezeigt, daß die Annahme der Mietsache umfaßt: 1. die körperliche Abnahme, 2. die Ingebrauchnahme, 3. die Anerkennung als Erfüllung. Abnahme und Ingebrauchnahme sind dabei

[18]) Kohler Ihering J. 17. S. 269 R.
[19]) RGZ. 147 S. 304 ff.

zwei verschiedene Begriffe und stehen lediglich dadurch im Zusammenhang, daß die Ausbeutung der Sache regelmäßig die Abnahme zur Voraussetzung hat.

Nun erfordert aber nicht der Gebrauch jeder Mietsache eine Abnahme. Schon die Motive[20]) weisen darauf hin, daß manche Gesetze eine Pflicht des Vermieters zur Ueberlieferung oder Uebergabe der Sache annehmen, dies aber unnötig und auch bedenklich sei, weil in gewissen Fällen, z. B. beim Gestatten des Lustwandelns in einem Park gegen Entgelt oder bei der Benutzung eines Klaviers in den Räumen des Vermieters, ein Übergeben in Wirklichkeit nicht geschähe. Daher wurde der Ausdruck „Überlassen" gewählt. Ebenso kann eine Abnahme bei der Pacht solcher Rechte nicht stattfinden, die zur Fruchtziehung einen körperlichen Sachbesitz nicht voraussetzen. In diesen Fällen setzt sich die Annahme nur zusammen aus den beiden Bestandteilen: Anerkennung als Erfüllung und Ingebrauchnahme. Im übrigen gilt jedoch das Gleiche wie in den Fällen, die eine Abnahme voraussetzen. Es ist nur noch besser ersichtlich, daß in der Erfüllungsbereitschaft schon die Erfüllung liegt und im Nichtgebrauch Annahmeverzug.

Wenn die Gebrauchsausübung ein Teil der Annahme ist, so würde, wenn eine Annahmepflicht bestände, auch gleichzeitig eine Gebrauchspflicht bestehen. (In einer Abnahmepflicht wäre eine Gebrauchspflicht noch nicht enthalten.) Darüber herrscht jedoch heute Einverständnis, daß eine Annahmepflicht nicht besteht. Kohler[21]) hat mit der früher gelegentlich vertretenen[22]) Lehre, daß die mora accipiendi eine mora debitoris sei, endgültig aufgeräumt. Wenn Rehbein[23]) von einer Pflicht des Gläubigers zur Annahme spricht, so meint er damit wohl nur dasselbe, was hier unter Abnahme verstanden wird, nämlich die körperliche Wegnahme. Das ergibt sich aus den von ihm angeführten Beispielen. Es ist auch hier nur, wie des öfteren, der Sprachgebrauch, der irreführt.

Aus dem Gesichtspunkte, daß die Gebrauchsausübung ein Teil der Annahme ist, läßt sich somit eine Gebrauchspflicht nicht herleiten.

§ 3. Gebrauchspflicht und Obhutspflicht.

Es ist gelegentlich bestritten worden, daß eine Obhutspflicht von Gesetzes wegen besteht. Vor allem Schneider[1]) stellt das Bestehen einer allgemeinen Obhutspflicht in Abrede. Nach ihm hat der Mieter lediglich dafür zu sorgen, daß er am Ende der Mietzeit die Sache ordnungsgemäß zurückgibt. Schneider stellt dann aber

[20]) Mot. II S. 369.
[21]) Jher.J. 17 S. 261 ff., insbesondere S. 267; Arch.Bürg.R. 13 S. 149 ff.
[22]) Madai a.a.O. S. 227 ff.; Wolff a.a.O. S. 406.
[23]) Rehbein a.a.O. S. 135.
[1]) Schneider, Iher. J. 53 (2. Folge 17, 1908) S. 1 ff., insbesondere S. 33.

selbst fest, daß eine solche Pflicht „im Einzelfall oder vielleicht sogar regelmäßig durch den Vertrag oder dessen Umstände stillschweigend begründet wird"[2]). Er kommt schließlich also zu dem gleichen Ergebnis wie die herrschende Meinung[3]) bei der Annahme der Obhutspflicht.

Daß eine Sorgfaltspflicht besteht, ergibt sich ganz zweifelsfrei aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes[4]). Nach den Motiven[5]) hat das BGB. entgegen anderen Gesetzbüchern und Gesetzesentwürfen die Bestimmung, daß der Mieter die Sache mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zu behandeln habe, als selbstverständlich nicht aufgenommen, obgleich ursprünglich derartiges vorgeschlagen war. Lediglich die Anzeigepflicht als Ausfluß der Obhutspflicht hat Ausdruck im § 545 BGB gefunden.

Die Obhutspflicht obliegt dem Mieter seit dem Augenblick der Abnahme der Mietsache, nicht erst, wie einige es ausdrücken, seit dem Zeitpunkt der Ingebrauchnahme[6]). Damit ist bereits gesagt, daß die Obhut nicht in einem Gebrauchmachen besteht, sondern lediglich in solchen Handlungen, die auf Erhaltung der Sache in einem ordnungsmäßigen Zustand abzielen. Der Mieter muß die Sache vor Schaden bewahren; zieht er in die abgenommene Wohnung auch nicht ein, so hat er sie dennoch zu lüften, zu reinigen, unter Umständen muß sogar geheizt werden[7]).

Scherer[8]) hält es sogar für denkbar, daß sich aus dieser Verpflichtung auch die weitere ergeben könne, die gemieteten Räume nicht unbenutzt und leer zu lassen, insofern dadurch das Interesse des Vermieters beeinträchtigt würde. Er führt als Beispiele die Miete[9]) eines Gasthofes, einer Restauration und eines Ladens an.

Damit würde der Begriff der Obhutspflicht wesentlich erweitert; aus ihm ließe sich für gewisse Fälle eine Gebrauchspflicht herleiten. Während in den zuerst angeführten Beispielen die Obhut nur in der Sorge für die Sache und deren Instandhaltung bestand, wird sie durch die von Scherer geäußerte Ansicht ausgedehnt auch auf den wirtschaftlichen Wert, den die Sache verkörpert. Durch Lüftung, Reinigung und Heizung wird der Laden allein als Raum, als Teil des Gebäudes, in einem guten baulichen und brauchbaren Zustand erhalten. Dadurch ist jedoch noch nichts bewirkt, um den Wert des ganzen Gebäudes, der durch das bisher betriebene schwungvolle Ladengeschäft stark gestiegen war, in gleicher Höhe zu erhalten. Richtet der neue

---

[2]) Schneider Iher. J. 53 S. 35.
[3]) Mittelstein S. 351, insbes. N. 1; Niendorff S. 219 f.
[4]) Vergl. dazu insbes. Bruck, Arch.Bürg.R. 27 S. 110 f.
[5]) Mot. II S. 401.
[6]) Oben § 2 S. 8.
[7]) L.G. Halle, Naumb. Z. 17, 49; OLG. Hamburg, OLGE 13, 363. Über die Grenzen dieser Pflicht RG in Recht 1908 Beil. Nr. 964.
[8]) Scherer § 550 4 S. 721, ebenso auch Brückner, Miete S. 75 N. 3.
[9]) Wie es sich bei Pacht solcher Räume verhält, wird anschließend noch zu erörtern sein.

Mieter in dem Laden nicht sofort ein neues Geschäft ein, so hat das den Verlust der Kundschaft zur Folge, und dadurch wird eine Entwertung des ganzen Grundstückes herbeigeführt; denn dieses wird mit dem bisher betriebenen Geschäft beim Verkauf einen höheren Preis und bei späterer Vermietung einen höheren Mietzins erzielen, als wenn das Geschäft schon längere Zeit nicht betrieben ist, mag sich auch der Laden als solcher in einwandfreiem Zustand befinden.

Erstreckt sich die Obhutspflicht auch auf Erhaltung solcher Wertsteigerungen und läßt sich damit ohne weiteres eine Gebrauchspflicht begründen? Man muß diese Frage verneinen. Die Obhutspflicht besteht lediglich in dem Schutz der Mietsache vor Schaden, ihrer schonenden und pfleglichen Behandlung, Bewahrung und Bewachung[10]). Mit der Abnahme ist nur die Sorge für die körperliche Beschaffenheit auf den Mieter übergegangen. Das ergibt sich bei der Miete auch schon aus den allgemeinen Grundgedanken, insbesondere aus § 548, der eine Begrenzung der Obhutspflicht darstellt. Dem Mieter wird nur der Gebrauch gewährt. Daher hat er die Sache auch nur so instand zu halten, daß sie in ihrem Bestande keinen Schaden leidet, d. h. daß die Räumlichkeiten auch weiterhin als ordnungsgemäß gepflegter Laden anzusprechen sind. Läßt er es an der guten Pflege fehlen und entstehen daraus Verschlechterungen der Sache selbst, z. B. des Gebäudes, über den Rahmen des § 548 hinaus, dann hat er es nach § 276 zu vertreten; denn nur dann sind die Sachen nicht mehr als in ordentlichem Zustand befindlich anzusehen, wogegen die Unterlassung der Ausübung des Geschäfts und die dadurch herbeigeführte Wertminderung des Gebäudes nicht den Laden als Raum treffen, sondern vielmehr das durch ihn ermöglichte Gewerbe und auf diesem Wege die Verwertbarkeit des Ladens. Ob der Mieter sein Gewerbe ausüben und dazu den Laden verwenden will, ist ihm freigestellt. Durch das Nichtbetreiben des Gewerbes wird der Mietraum nicht berührt, wenn er nur gereinigt, gelüftet usw. wird.

Auch § 556 vermag nicht den geeigneten Boden für die Ableitung einer Gebrauchspflicht zu geben. Der Mieter hat die Sache in dem Zustand zurückzugeben, in dem sie sich im Zeitpunkt der Überlassung oder Übergabe befand[11]). Auch hier bedeutet dies nur, daß sich die Sache in körperlich gleichem Zustand befinden muß.

Immerhin lassen sich jedoch vereinzelte Fälle finden, in denen die Obhutspflicht tatsächlich einen Gebrauch der Mietsache erfordert. So wird man z. B. bei der Miete eines Jagdhundes, der ohne Verwendung seine Fertigkeiten verlernt, annehmen müssen, daß zur ordnungsmäßigen Obhut, zu der der Mieter doch verpflichtet ist, auch die ge-

[10]) Warneyer § 535 V S. 976; Mittelstein S. 351; Niendorf a.a.O. S. 220. Vergl. auch RG.Z. 84, 224; 87, 276. —
Nach einer Auskunft der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft (bei Niendorff S. 176) darf auch der Mieter eines in bester Geschäftslage befindlichen Ladens den Geschäftsbetrieb einstellen, um seine Kundschaft nach einem anderen, in der Nähe von ihm gemieteten Laden zu gewöhnen.

[11]) Staudinger § 556 I 1 a S. 491.

legentliche Benutzung zu Jagden gehört[12]). In diesen äußerst seltenen Fällen läßt sich dann auch eine Gebrauchsverpflichtung aus der Obhutspflicht herleiten. Regelmäßig ist es jedoch nicht so.

Etwas anders liegen die Dinge bei der Pacht. Hier wird dem Pächter nicht nur der Gebrauch gestattet, sondern auch die Nutzung. Er darf Früchte ziehen. Demgemäß ist ihm der Pachtgegenstand in einem zur Fruchtziehung geeigneten Zustand zu überlassen, und darüber obliegt dem Pächter die Obhut. Ist ihm ein Warenhaus überlassen, so hat er nicht nur dafür zu sorgen, daß dieses sich als Gebäude in einem guten Zustand befindet, sondern auch dafür, daß es seine Nutzungsfähigkeit nicht einbüßt und dadurch verschlechtert wird. Der Pächter eines Kinos hat nicht allein für die ordentliche Instandhaltung des Gebäudes Sorge zu tragen, sondern auch für die Erhaltung der Fruchtziehungsmöglichkeit. Vor allem aber der Pächter eines Landgutes hat nicht nur die Gebäude und landwirtschaftlichen Maschinen in Ordnung zu halten, sondern sein Augenmerk ganz besonders darauf zu richten, daß das Gut für einen ordnungsmäßigen Wirtschaftsablauf geeignet bleibt. Für diesen Fall hat das Gesetz auch Sonderbestimmungen getroffen in den §§ 582 ff, insbesondere § 591.

Bei der Pacht handelt es sich regelmäßig um bedeutendere Objekte als bei der Miete. In der Natur der Pacht liegt es auch begründet, daß sie meist langfristig abgeschlossen wird. Man kann eine Sache schneller in Gebrauch nehmen, als Früchte und Nutzungen daraus ziehen. So ist auch der Einfluß, den der Pächter auf den Pachtgegenstand ausübt, von weit größerer Tragweite als die Behandlung, die der Mieter der Sache angedeihen läßt. Wenn der Pächter die Äcker brach liegen läßt, so kann daraus ein Schaden entstehen, der auf Jahre hinaus nicht gut zu machen ist. Stellt der Pächter eines guten Theaters den Betrieb ein, so stößt die Wiedereröffnung auf große Schwierigkeiten, weil das Publikum sich verlaufen hat und sich zunächst nur sehr langsam und vorsichtig an das neue Unternehmen heranwagt.

Es tritt hier überhaupt der Unterschied zwischen Raumpacht und Unternehmenspacht sehr deutlich hervor[13]). Bei der Raumpacht, z. B. der Pacht eines zum Betriebe eines Warenhauses eingerichteten Gebäudes, kommt es dem Verpächter auf den wirklichen Betrieb nicht so wesentlich an; der Pächter selbst eröffnet ihn erst; das Unterlassen des Betriebes ist sein eigener Schade, nicht der des Verpächters, wenn er nur sonst für das Gebäude sorgt. Dagegen liegt bei der Unternehmenspacht das Gewicht auf dem dauernd fortlaufenden Betrieb; wird dieser eingestellt, bricht das ganze Unternehmen zusammen, und

---

[12]) Beispiel von Bruck Arch.Bürg.R. 27, S. 112. — Anders ist es bei der Miete eines Reitpferdes, das nicht schon durch die Unterlassung des Reitens leidet, sondern erst dann, wenn es auch nicht bewegt wird. — A.A. RGRK. § 548 1 S. 186, Staudinger § 548 5 S. 461.

[13]) Vgl. hierzu Ruth MG. 1932 S. 149.

ein vollständiger Neuaufbau ist meist ganz unmöglich, zum mindesten aber erfordert er eine außerordentlich lange Zeitdauer. So gehen z. B. Absatzmärkte schnell verloren, sind aber kaum wieder zu gewinnen. Auch die Organisation eines Unternehmens — einmal zerfallen — läßt sich nur mit äußerster Mühe neu aufbauen; an eine Wiederherstellung der alten Organisation kann meist garnicht gedacht werden.

Wenn man das alles berücksichtigt und weiterhin in Erwägung zieht, daß der Pächter das Pachtobjekt nach beendigter Pacht in dem gleichen Zustand zurückzugewähren hat, in dem er es erhalten hat, wenn demnach das gepachtete Unternehmen unverschlechtert in seinem Organisationswert zurückzugewähren ist, dann kann man wohl auf den Gedanken kommen, daß bei der Pacht die Obhut für die Sache notwendig auch den Gebrauch und die Fruchtziehung umfaßt, daß also hier die Gebrauchspflicht aus der Nutzungspflicht entspringt.

So hat sich denn auch Mittelstein[14]) veranlaßt gesehen, bei der Pacht eine Gebrauchspflicht regelmäßig anzunehmen, weil die Nichtbenutzung der Pachtsache deren Verschlechterung oder Entwertung zur Folge habe. Er geht dabei bewußt weiter als das Reichsgericht[15]). Er geht jedoch nicht soweit, dem Verpächter einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung einer solchen Pflicht zu geben, sondern hält die Nichtbenutzung dann für eine Verletzung der Obhutspflicht und will die entsprechenden Rechtsbehelfe anwenden. Auch in einem Urteile des 1. Senates des OLG. Braunschweig[16]) kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß die Obhutspflicht des Pächters eines Geschäftsbetriebes in der ordnungsmäßigen und wirtschaftlichen Geschäftsführung bestehe.

Dieser weitgehenden Ansicht, daß bei der Pacht eine Gebrauchsverpflichtung regelmäßig schon aus der Obhutspflicht zu entnehmen sei, kann man nicht folgen. Zwar ist es richtig, daß die Fälle des Bestehens einer solchen Pflicht häufiger sind als bei der Miete[17]); aber es liegen die Dinge doch nicht regelmäßig so. Es gibt eine große Zahl von Fällen, in denen sich die Obhutspflicht wieder lediglich auf die Erhaltung der Sache selbst beschränkt, weil damit zugleich die Fruchtziehungsmöglichkeit sichergestellt ist. So wird es sich meist bei der reinen Raumpacht verhalten. Dabei handelt es sich dann nicht etwa um Miete. Der herrschenden Meinung[18]) ist zu folgen, wenn sie Pacht dann annimmt, wenn die Räume zu dem Pachtbetriebe baulich eingerichtet sind und von sich aus eine Fruchtziehung gewährleisten. Ist

---

[14]) Mittelstein S. 24; ebenso C. Stern JW 1932 S. 2059.
[15]) Vgl. Mittelstein S. 24 N. 10.
[16]) Urteil vom 12. Okt. 1900 in Seuff. Arch. 56 Nr. 174 S. 307.
[17]) Oben S. 15.
[18]) Planck § 581 2b S. 895; RGRK. 1 vor § 535 S. 152/3; Staudinger § 581 I 1b S. 596; Warneyer § 535 II S. 966; Enneccerus S. 448; Kiefersauer a.a.O. S. 161; Krüger-Herbot a.a.O. S. 120 f.; RG. in RGZ. 81, 23; 91, 310; 102, 187; 109, 206; in Recht 1918, 214; in Seuff. Arch. 78, 300.

ein Gebäude nach seinem ganzen inneren Ausbau, durch Schaufenster, Fahrstühle, Rolltreppen usw., zum Betriebe eines Warenhauses eingerichtet, so daß daraus ohne weitere größere Kosten Früchte gezogen werden können, so liegt Pacht vor. Wird ein solches Gebäude von dem Pächter in gutem Zustand erhalten, wird aber der Betrieb selbst nicht eröffnet, dann kommt dennoch der Verpächter seiner Obhutsverpflichtung nach; der Verpächter wird durch das Nichtbetreiben des Geschäftes nicht geschädigt, das Pachtobjekt als solches bleibt unversehrt. Auch der Pächter einer Kohlenabbaugerechtigkeit wird vielfach seiner Obhutspflicht genügt haben, wenn er die Grubeneinrichtungen in Ordnung hält, sodaß jederzeit der Betrieb eröffnet werden kann.

Bei der Unternehmenspacht wird man allerdings regelmäßig die Gebrauchsverpflichtung als Teil der Sorgfaltspflicht anerkennen müssen. Das gibt jedoch noch nicht das Recht, allgemein für die Pacht eine Gebrauchspflicht aus der Obhutspflicht ableiten zu wollen. Es ist vielmehr auch hier festzustellen, daß bei der Pacht wie bei der Miete, abgesehen von Ausnahmefällen, eine Gebrauchspflicht aus der Obhutspflicht nicht abgeleitet werden kann.

§ 4. Gesetz und Gebrauchspflicht.

Wenn aus der neben der Mietzinspflicht wichtigsten Verpflichtung des Mieters, der Obhutspflicht, keine allgemeine Pflicht zum Gebrauch der Mietsache hergeleitet werden kann, so muß weiterhin untersucht werden, ob das Gesetz an anderer Stelle die Auferlegung einer solchen Pflicht zum Ausdruck bringt.

Eine direkte positive Bestimmung läßt sich im Mietrecht nicht finden. Regelmäßig führt das BGB. die verschiedenen Pflichten der am Vertrage Beteiligten ausdrücklich auf. Im § 535 heißt es nur: Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter den vereinbarten Mietzins zu zahlen. Im Gegensatz hierzu spricht § 433 Abs. 2 aus, daß der Käufer neben der Zahlung des Kaufpreises auch noch zur Abnahme der gekauften Sache verpflichtet ist. Gleiches gilt für den Werkbesteller nach § 640 Abs. 1. E contrario folgt hieraus, und darüber herrscht heute Einverständnis, daß der Mieter von Gesetzes wegen nicht einmal zur Abnahme verpflichtet ist.

Sehr deutlich läßt § 552 S. 1 den Standpunkt des Gesetzes erkennen. Er spricht nur von einem Gebrauchs r e c h t und läßt bei Nichtausübung dieses Rechtes die Mietzinspflicht bestehen, wenn der Grund in der Person des Mieters liegt. Eine Bestimmung, daß in einem solchen Fall, z. B. bei willkürlicher Gebrauchsunterlassung, auf die § 552 ebenfalls anzuwenden ist[1]), dem Vermieter irgend welche besonderen Rechte zustehen, fehlt. Unter § 550 fällt der Nichtgebrauch nicht ohne weiteres, weil vertragswidriger Gebrauch grundsätzlich

[1]) Staudinger § 552 I 3 S. 479.

positives Handeln erfordert[2]). Jedenfalls kann eine Gebrauchspflicht daraus nicht hergeleitet werden. Richtig ist vielmehr, daß der Mieter die Sache gebrauchen darf, nicht gebrauchen muß, und daß der Mietzins dafür zu zahlen ist, daß er gebrauchen d a r f[3]).

Anderer Ansicht sind nur wenige und auch diese aus verschiedenen Gründen. R e h b e i n[4]) gelangt zu der Ansicht einer allgemeinen Gebrauchspflicht auf dem Wege über die Anerkennung einer Abnahmepflicht. Er verneint zwar das Bestehen einer allgemeinen Pflicht zur Annahme, meint dann aber doch, daß in einer großen Zahl von Verträgen sich eine solche Verpflichtung aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergebe. Eine Begründung dafür, warum bei der Miete eine Abnahmepflicht, der er die Gebrauchspflicht gleichsetzt, bestehen soll, gibt er nicht. Er erklärt nur, daß sich nicht behaupten ließe, „daß der Mieter als Gläubiger des Mietsrechts dasselbe nicht auszuüben, sondern nur die Miete zu zahlen braucht, den gemieteten Raum leer und ungenutzt stehen lassen darf"[5]). Aus der Natur des Mietverhältnisses ergibt sich eine solche Pflicht keineswegs von selbst. Das Gesetz gibt keinen Anlaß zu einer derartigen Behauptung, steht vielmehr gerade auf dem entgegengesetzten Standpunkt, daß der Mieter zum Gebrauch nur berechtigt sei. Die Ansicht R e h b e i n s ist somit unhaltbar.

Ebenso hat die 5. Zivilkammer des Landgerichts I zu Berlin in einem Urteil[6]) festgestellt, daß der Vermieter auch daran ein Interesse habe, daß die von ihm vermieteten Wohnräume tatsächlich in der vermieteten und bestimmten Weise ihrer Zweckbestimmung gemäß verwendet würden, „weil darin auch zugleich eine Gewähr für ihre ordnungsmäßige Erhaltung und Unterhaltung liegt". Daraus folgert sie eine Pflicht zur Einbringung von Sachen. Als Grund wird „auch" die Obhutspflicht angeführt. Welche anderen Gründe noch bestehen, wird nicht gesagt. Die Sorgfaltspflicht verlangt nun aber regelmäßig nicht den Gebrauch der Sache. Vor allem bei einer Wohnung, um die es sich hier handelt, genügt es durchaus zur Erhaltung und Unterhaltung, wenn der Mieter reinigt, lüftet, Gas- und Wasserhähne schließt und ähnliche notwendige Verrichtungen ausführt; ein Bewohnen aber ist nicht erforderlich. Mit der Ablehnung einer Gebrauchspflicht kommt man auch zu der Verneinung einer Einbringungspflicht[7]). Nach dem BGB. obliegt dem Mieter nicht die Pflicht, das Haus mit Möbeln zu versehen[8]).

---

[2]) Warneyer § 550 I S. 1012.
[3]) Crome, Schuldverhältnisse S. 547 N. 4.
[4]) Rehbein a.a.O. S. 135 f.
[5]) Rehbein a.a.O. S. 136.
[6]) Berufungsurteil vom 8. II. 1906 im Bl.f.Rpfl. 1907 (18. Jahrg.), S. 8.
[7]) Vgl. hierzu Huth DJZ. 1907 S. 283 f.
[8]) Anders der französische Rechtskreis. C.c.fr. a 1752 lautet: „ Le locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisants, peut être expulsé, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer." — Ebenso cod. civ. ital. a 1603.

Ähnlich will auch Fuld[9]) dem Vermieter das Recht geben, den Vertrag aufzulösen, wenn der Mieter die Wohnung überhaupt nicht bezieht, weil dieselbe durch Abschließung während längerer Zeit Schaden nehmen könne. Der Einwand des Mieters, er zahle den Mietzins, reiche zur Abweisung der Klage nicht aus. Dem Vermieter steht in diesem Falle nach Fulds Ansicht das außerordentliche Kündigungsrecht des § 553 zu. Diesem gegenüber dürfte allerdings der Einwand der erfüllten Mietzinspflicht nicht ausreichen. Ganz sicher genügt es aber, wenn der Mieter seiner Obhutspflicht nachgekommen ist und dem Vermieter entgegenhält, daß die Sache unter diesen Umständen gar keinen Schaden nehmen kann. Auch Fuld verkennt den Umfang der Obhutspflicht und meint, der Gebrauch der Sache gehöre dazu. Da sich das als unzutreffend erwiesen hat, ist seiner Ansicht die Grundlage entzogen, und sie kann nicht aufrechterhalten werden.

Wie oben[10]) dargelegt, wollen auch Scherer und Brückner jedenfalls in gewissen Fällen eine Gebrauchspflicht annehmen. Auch dieser Standpunkt ließ sich nicht aus dem Gesichtspunkt der Obhutspflicht vertreten. Ob man vielleicht in den von ihnen angeführten Fällen eine stillschweigende Vereinbarung einer solchen Pflicht annehmen kann, muß später noch geprüft werden.

Abgesehen von diesen wenigen Schriftstellern hat sich die gesamte Literatur und Rechtsprechung auf den Standpunkt gestellt, daß nach dem Gesetz der Mieter nur das Recht, nicht die Pflicht des Gebrauchs hat[11]). Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes läßt deutlich erkennen, daß man unter keinen Umständen eine solche Pflicht auferlegen wollte[12]).

Nach § 581 Abs. 2 BGB. finden auf die Pacht die Vorschriften über die Miete entsprechende Anwendung, soweit nicht eine Sonderregelung besteht. Daraus wäre zu schließen, daß bei der Pacht ebensowenig wie bei der Miete sich aus dem Gesetz eine Gebrauchspflicht ableiten läßt, wenn sich nicht aus den besonderen Pachtbestimmungen etwas anderes ergibt. Doch spricht das Gesetz schon von einer „entsprechenden" Behandlung. Damit soll der etwas anders gearteten Natur der Pacht Rechnung getragen werden. Auf diese von der Miete verschiedene Natur der Pacht muß Rücksicht genommen und geprüft werden, ob aus ihr vielleicht eine Gebrauchspflicht folgt, die der Pacht als solcher anhaftet.

Es ist bereits[13]) untersucht worden, ob sich bei der Pacht aus der Obhutspflicht eine allgemeine Nutzungspflicht ergibt. Dabei war fest-

[9]) Fuld S. 93.
[10]) Oben § 3 S. 13.
[11]) RGRK. § 535 4 S. 164; Staudinger § 536 B III S. 418; Oertmann I 2b vor § 535 S. 747; Kohler, Lehrbuch S. 323; Mittelstein S. 348; Niendorf a.a.O. S. 176; Strauß a.a.O. S. 109; Cosack-Mitteis a.a.O. S. 587; RG. in RGZ. 108, 369; 115, 20.
[12]) Mot. II S. 400; Prot. II S. 213/14.
[13]) Oben § 3 S. 16.

gestellt worden, daß zwar ein großer Teil der Pachtobjekte eine dauernde Benutzung erfordert, wenn sie sich nicht verschlechtern sollen, daß dies aber bei weitem nicht in allen Fällen zutrifft. Mittelstein sieht es als den Regelfall an und will daher aus der Sorgfaltspflicht eine Gebrauchspflicht folgern, aber, wie dargelegt, mit Unrecht. Auch aus der Verpflichtung, den Pachtgegenstand in dem erhaltenen Zustand zurückzugewähren, kann keine allgemeine Pflicht zur Benutzung hergeleitet werden, weil in vielen Fällen sich der Pachtgegenstand trotz Nichtgebrauchs nicht verschlechtert, wenn er im übrigen mit der nötigen Sorgfalt gepflegt wird. Ein gepachtetes Theatergebäude leidet durch den Nichtgebrauch nicht, wenn es nur baulich instand gehalten wird; es kann dann in dem gleichen Zustand zurückgegeben werden, in dem es dem Pächter übergeben wurde.

Die Pacht unterscheidet sich von der Miete im wesentlichen dadurch, daß Pachtobjekt nicht eine Sache zu sein braucht, sondern ein unkörperlicher Gegenstand sein kann, und daß außerdem der Pächter den Pachtgegenstand nicht nur gebrauchen kann, sondern auch Früchte aus ihm ziehen darf. Aus diesen beiden Unterscheidungsmerkmalen läßt sich kein zwingender Grund entnehmen, der dazu führen könnte, daß man bei der Pacht anders als bei der Miete eine Nutzungspflicht als selbstverständlich annehmen müßte. Bei der Pacht eines Jagdrechtes ist mit der Nichtausübung der Jagd noch nicht notwendig eine Verschlechterung des Pachtgegenstandes gegeben, wenn der Pächter nur das Wild hegt (§ 4 S. 2 RJagdG.)[14]). Er kann dann nach Ende der Pachtzeit den mit dem Jagdrechte in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Wildstand in gleicher Güte zurückgewähren, wie er ihn erhalten hatte. Ebenso läßt das Bestehen des Fruchtziehungs- anstatt des Gebrauchsrechtes keinen Grund ersehen, aus dem man eine Nutzungspflicht herleiten könnte. Auch der Pächter hat nur das Recht, nicht die Pflicht des Gebrauches. So ergibt sich aus der etwas anders gearteten Natur der Pacht keine Besonderheit, die eine Gebrauchspflicht als allgemein im Wesen der Pacht begründet erkennen läßt.

Auch hier sind es die gleichen Schriftsteller, die entgegen der herrschenden Meinung[15]) eine Gebrauchspflicht wie bei der Miete auch bei der Pacht annehmen. Vor allem ist es Scherer[16]), der eine Pflicht zur wirtschaftlichen Benutzung und Erhaltung als selbstverständlich und schon aus den §§ 157, 242 BGB. folgend annimmt. Er beruft sich dabei auf die Motive[17]) und zitiert sie wörtlich. Es heißt darin allerdings, daß man mit Rücksicht auf die allgemeinen Grundsätze es für überflüssig angesehen habe, eine Bestimmung aufzu-

[14]) Siehe auch Weigand a.a.O. B VII 2b aa vor § 12 S. 52.
[15]) Planck § 581 4 S. 896; RGRK. § 581 3 S. 227; Soergel § 581 4 S. 911; Staudinger § 583 3 S. 614; Kreß, Bes. Schuldr. S. 130; Oelze DMR. 1932 S. 1278.
[16]) Scherer a.a.O. § 581 10 S. 777.
[17]) Mot. II S. 430.

nehmen, daß der Pächter den Pachtgegenstand in nutzbarem Stand zu halten oder wirtschaftlich zu benutzen habe. Es heißt dann aber weiter, und das erwähnt Scherer nicht mehr, daß sich gegen die in Rede stehende Bestimmung das Bedenken erhebe, „daß sie das Verständnis zuläßt, als sei der Pächter stets verpflichtet, das Grundstück nicht unbenutzt zu lassen, — eine Bestimmung, die ihm doch nur unter der Voraussetzung obliegen kann, wenn die Nichtbenutzung eine Verschlechterung des Grundstücks nach sich zu ziehen droht"[18]). Daraus ergibt sich zweifelsfrei, daß die Motive die Annahme einer allgemeinen Gebrauchspflicht ablehnten. Ebenso wurde nach den Protokollen[19]) ein Antrag auf ausdrückliche Festlegung der Gebrauchspflicht nicht angenommen, weil ein besonderes Bedürfnis nicht bestehe. Somit versagt der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, er spricht vielmehr gegen die Annahme einer Nutzungspflicht. Auch die §§ 157, 242 lassen sich nicht zum Beweise des Gegenteiles heranziehen. Sie begrenzen lediglich die Obhutspflicht und bedeuten nur, daß der Pächter, sofern er die Sache benutzt, wirtschaftlich zu verfahren habe. Eine allgemeine Verpflichtung zur Ausbeutung können jedoch auch sie nicht begründen.

Gegen Rehbein[20]), der nur sagt, daß man bei der Pacht noch weniger als bei der Miete mit einem Rechtssatz auskommen könne, der dem Pächter den Gebrauch freistellt, kann das gleiche angeführt werden, wie gegen seine Ansicht, bei der Miete bestehe eine Gebrauchspflicht[20a]).

Wenn bisher festgestellt wurde, daß es zum Wesen des Pachtvertrages nicht gehört, daß der Pächter zur Fruchtziehung verpflichtet ist, so sind nur die allgemeinen Bestimmungen über die Miete herangezogen. Es bleiben noch die Sondervorschriften der Pacht zu betrachten. Hierbei fällt sofort § 591 auf. Danach hat der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes dieses in dem Zustand zurückzugewähren, „der sich bei einer während der Pachtzeit bis zur Rückgewähr fortgesetzten ordnungsmäßigen Wirtschaft ergibt". Das ist eine ganz wesentliche Abweichung von § 556 BGB. Dort hat der Mieter die Mietsache nur in dem Zustand zurückzugeben, in dem sie ihm überlassen war. Hier wollte der Gesetzgeber vorbeugen und es nicht genügen lassen, daß das Pachtgrundstück in dem gleichen schlechten Zustand zurückgegeben werden darf, in dem es der Pächter empfangen hat. In diesem Falle ist vielmehr der Zustand herzustellen, der bei dauernder ordnungsmäßiger wirtschaftlicher Bearbeitung objektiv zu erreichen war. Das kann auch gelegentlich ein schlechterer sein als bei der Hingabe des Grundstücks, wenn nämlich eine Reihe schlechter Jahre trotz dauernder guter Bewirtschaftung nur einen weniger guten Zustand erreichen ließen.

---

[18]) Mot. II S. 431.
[19]) Prot. II S. 253 ff.
[20]) Rehbein a.a.O. S. 136.
[20a]) Vergl. dazu oben § 4 S. 18.

Eine solche Regelung erscheint mit Rücksicht auf die volkswirtschaftliche Bedeutung der Landwirtschaft und auf die Häufigkeit der Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke durchaus angemessen. Bei der ungeheuren Übervölkerung unseres Landes und dem Mangel an nutzbarem Raum, der in landwirtschaftlicher Hinsicht eigentlich unseren eigenen Bedarf decken sollte, muß es zum mindesten als moralische Pflicht jedes Bauern und Landwirtes angesehen werden, daß er zum allgemeinen Nutzen sein Grundstück ordentlich bebaut[21]).

Ergibt sich nun aus der Fassung des § 591 auch eine rechtliche Verpflichtung des Pächters eines landwirtschaftlichen Grundstückes, den Wirtschaftsbetrieb überhaupt aufrecht zu erhalten und den Boden zu nutzen? Das hängt ab von der Frage, ob es möglich ist, daß ein solches Grundstück trotz mangelnder wirtschaftlicher Benutzung sich von selbst in den von § 591 geforderten Zustand erhalten kann. Die Frage ist schlechthin zu verneinen. Gerade bei einem Landgute muß der Landwirt während des ganzen Jahres auf einen guten Wirtschaftsablauf und vernünftige Bodennutzung mit größter Sorgfalt bedacht sein. Hier am allerwenigsten kann damit gerechnet werden, daß sich alles von selbst erhalte. Wenn nur für kurze Zeit sich niemand um einen landwirtschaftlichen Betrieb kümmert, dann entstehen dadurch schon Mängel, die auf lange Zeit hinaus schädigend wirken. Und so verhält es sich fast ausnahmslos.

Der Begriff des landwirtschaftlichen Grundstücks ist zwar etwas weiter als der des Landgutes, das zu selbständigem Betrieb eingerichtet sein muß[22]); die Verhältnisse sind jedoch ganz die gleichen. Es kommt darauf an, daß die Früchte aus einem landwirtschaftlichen Betriebe zu gewinnen sind, wobei die Betriebsart das Wesentliche ist. Nicht darunter fällt daher die Ausbeutung eines Bergwerkes oder eines Steinbruchs. Es muß sich vielmehr um Ackerbau, Viehzucht, Obst- und Baumzucht, auch Waldwirtschaft handeln[23]). In allen diesen

---

[21]) Sehr Interessantes berichtet v. Amira aus dem alt-schwedischen und alt-norwegischen Recht. Dort herrschte vielfach Not an landwirtschaftlich nutzbarem Boden. So kam es, daß in Schweden in Westmanna- und Helsingeland der Pächter nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht hatte, „den Ackerboden zu düngen, wie wenn er sein eigen wäre, in Helsingeland auch ihn zu bebauen". Bei Verstoß gegen diese Pflicht mußte Buße gezahlt werden. (Bd. I. S. 621) — Noch strenger war das norwegische Recht, das sogar dem Eigentümer eine Bewirtschaftungspflicht auferlegte, erst recht aber dem Pächter, der sich dazu verpflichten mußte. Amira führt ein altes Rechtssprichwort an, das sagt: „Der Anbau des Grundstücks befugt zur Besitznahme." Der Pächter darf das Gut nur in Besitz nehmen, weil er es bewirtschaften muß, und zwar während der ganzen Pachtzeit. In Island konnte sogar darauf geklagt werden, daß der Pächter auf das Gut ziehe. Leistete er dem Urteil nicht Folge, traf ihn die kleine Acht. (Bd. II S. 745.)

[22]) Seuff. A. 60 S. 93 f. (OLG-Königsberg). Jaeger S. 763 Anm. 32 zu § 49 KO.

[23]) Oertmann § 582 2 S. 852; Planck § 582 1 S. 897; RGRK. § 581 1 S. 228; Staudinger § 582 I S. 612. — Jaeger Anm. 32 zu § 49 KO. S. 763; Petersen-Kleinfeller Anm. 12 zu § 49 KO. S. 270.

Fällen kann sich aber der Pachtgegenstand nicht von selbst in dem geforderten Zustand erhalten. Die Ertragsfähigkeit der Felder geht bei dauerndem Nichtgebrauch zurück, die Viehherden leiden, sind Seuchen ausgesetzt, die Obstbäume gehen ein, der Wald wird zum Urwald. Ohne dauernden Gebrauch kann ein landwirtschaftliches Grundstück nicht in den durch § 591 aufgestellten Grenzen erhalten werden.

Von diesem Gesichtspunkte gingen auch die Verfasser des BGB. aus, als sie diese Bestimmung aufnahmen[24]) und weitergehende Anträge ablehnten, die eine Wirtschaftspflicht noch besonders ausgedrückt haben wollten[25]) [26]). Dem konnten sich auch die Schriftsteller nicht verschließen, so daß bei der Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke, aber auch nur bei dieser, eine aus § 591 sich ergebende Gebrauchspflicht als anerkannt gelten kann[27]). Eine Besonderheit dieser Regelung ist noch hervorzuheben. Der Pächter hat das Grundstück nicht nur bis zum Ende der Pachtzeit wirtschaftlich zu bebauen, sondern bis zur Rückgabe, auch wenn diese längere Zeit nach dem Pachtende liegt. Die Wirtschaftspflicht obliegt dem Pächter sogar dann, wenn er aus Verschulden des Verpächters nicht zur Rückgabe im Stande ist[28]). Das Hauptgewicht liegt bei einem Landgute darauf, daß ein ununterbrochener Betrieb stattfindet und durch kurzes Stilliegen nicht großer Schaden entsteht. Wenn der Verpächter schuldhaft die Rückgabe verzögert, so befindet er sich in Annahmeverzug und hat dem Pächter Aufwendungsersatz gemäß § 304 zu leisten.

Es gibt nun eine Ansicht, die den Geltungsbereich des § 591 ausdehnen will auf andere Pachtgegenstände, vor allem gewerblicher Art, und die hier analog ohne weiteres eine Gebrauchsverpflichtung annehmen will[29]). Kohler[30]) spricht davon, daß das Prinzip der §§ 583, 591 „in rechtsähnlicher Weise" für den Pächter eines Gewerbeunternehmens gelte. Dem kann man jedoch nicht folgen. Eine starke Stütze für die vorgetragene Auffassung des § 591 ist die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Aus den Protokollen[31]) ergibt sich, daß absichtlich eine Beschränkung auf landwirtschaftliche Grund-

[24]) Mot. II S. 439 f.

[25]) Prot. II S. 253 ff.

[26]) Das OLG. Marienwerder (OLGE. 17, 23) meint, die Verfasser hätten nicht eine Benutzungspflicht auferlegen wollen, sondern nur den Zustand zur Zeit der Rückgabe regeln wollen. Das geschah aber nur, weil sich daraus schon die Gebrauchspflicht von selbst versteht.

[27]) Oertmann § 591 S. 860; Planck § 591 I S. 906; RGRK. § 591 1 S. 233; Staudinger § 591 I S. 626; Warneyer § 591 S. 1077; Cosack-Mitteis S. 589 f.; Goldmann-Lilienthal S. 599; Henle § 1 II B 3 S. 5; Kohler, Lehrbuch S. 323; Arch. z. Pr. 71 S. 399; Kreß Bes. Schr. S. 130; Siber § 57 IV 2 b S. 309; OLG. Rostock Seuff. A. 64 S. 399 Nr. 189.

[28]) OLGE 17, 23 (Marienwerder); Warneyer § 591 S. 1077; Crome Schuldverhältnisse S. 555 N. 14.

[29]) Kohler, Lehrbuch S. 323 f.; Arch. z. Pr. 71, 400 f.; Scherer § 581 10 S. 777.

[30]) Kohler, Lehrbuch S. 324.

[31]) Prot. II. S. 256.

stücke stattgefunden hat, obwohl man auch an gewerbliche Unternehmungen gedacht hatte. Doch herrschte die Auffassung vor, daß man diese außer Betracht lassen müsse, weil man die Mannigfaltigkeit der Pachtgegenstände doch nicht erschöpfen könne und es nur gerade bei der volkswirtschaftlich so bedeutsamen Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke für notwendig halte, derartiges besonders zu regeln. Im übrigen solle es dem Parteibelieben anheim gestellt bleiben, ob dem Pächter eine Gebrauchspflicht obliegen solle oder nicht. Angesichts dieser Ausführungen wird man sich nicht ohne weiteres über den klaren Gesetzeswortlaut hinwegsetzen und den § 591 auf andere Pachtgegenstände ausdehnen dürfen.

Eine andere Frage ist es, ob man nicht fast regelmäßig eine stillschweigende Vereinbarung einer Ausbeutungspflicht bei der Pacht gewerblicher Unternehmungen annehmen will. Darauf ist noch näher einzugehen, wann und inwieweit eine solche Verpflichtung als auferlegt anzusehen ist.

Es hat sich also gezeigt, daß dem Gesetz eine Verpflichtung zum Gebrauch des Miet- oder Pachtgegenstandes nur in dem einen Fall der Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstückes zu entnehmen ist. Daß vertraglich eine solche Pflicht dem Mieter oder Pächter auferlegt werden kann, versteht sich bei dem im Gesetz zum Ausdruck gelangten Grundsatz der Vertragsfreiheit von selbst[32]). Daß eine solche Vertragspflicht nicht immer ausdrücklich, sondern in einer großen Zahl von Fällen stillschweigend aus der Art des Pachtobjektes oder anderen Umständen entnommen werden kann, ist jetzt ebenfalls anerkannt[33]).

§ 5. Inhalt der Gebrauchspflicht. Folgen des Nichtgebrauchs.

Es muß nun überhaupt festgestellt werden, worin die Gebrauchspflicht besteht, welche einzelnen Verpflichtungen sie dem Mieter oder Pächter auferlegt und welche Rechtsbehelfe bei Nichtausüben des Gebrauchs dem Verpächter zustehen. Es sollen dabei zunächst nur die reinen Miet- und Pachtverträge behandelt werden. Die Gebrauchspflicht bei den gemischten Verträgen, insbesondere bei den aus Dienst- und Mietvertrag gemischten, wird erst im § 6 untersucht werden.

I. Durch den Miet- oder Pachtvertrag wird dem Mieter oder Pächter das Recht eingeräumt, die Sache zu gebrauchen oder bei der

---

[32]) Daher klingt es etwas merkwürdig, wenn das RG (JW. 1927 S. 98) erklärt, es würde „für durchaus statthaft zu erachten sein, wenn im Wege der Nebenabrede zu einem Pachtvertrag dem Pächter eine derartige Verpflichtung auferlegt wird."

[33]) Oertmann I 2b vor § 535 S. 737; Planck § 581 2 S. 898; RGRK § 535 4 S. 164; Staudinger § 536 B III S. 418; § 581 III B. 2 S. 606; Arnold Seuff. Bl. 63, 344; Mittelstein S. 349; Niendorff S. 176. Bes. RGZ. 136, 436.

Pacht auch Früchte aus dem Gegenstand zu ziehen. Es liegt nahe anzunehmen, daß bei Bestehen einer Ausbeutungspflicht dem Mieter nicht nur das Recht zusteht, den Laden einzurichten und den Betrieb zu eröffnen oder auf dem gemieteten Pferd zu reiten, und daß auch dem Pächter nicht nur das Recht zusteht, das Grundstück zu kultivieren oder das Unternehmen fortzuführen, sondern daß sie auch verpflichtet sind, von diesem Rechte tatsächlich Gebrauch zu machen, daß sich also das Recht in eine Pflicht verwandelt. Zwangsläufig müßte man dann zu dem Ergebnis kommen, daß bei Bestehen einer solchen Pflicht dem Vermieter oder Verpächter auch die Möglichkeit gegeben sein muß, auf Erfüllung dieser Pflicht klagen und das Urteil vollstrecken zu können. Darin liegt doch ein Merkmal des Schuldverhältnisses, daß heute der Staat bereit ist, mit Zwangsmitteln auf Erfüllung der Pflichten hinzuwirken, um auf diese Weise die rechtliche Ordnung in der Gemeinschaft zu gewährleisten.

In der Tat sind auch verschiedene Stimmen laut geworden, die sich für eine so enge Auffassung des Begriffes der Gebrauchspflicht eingesetzt haben. Besonders Bernhard[1]) erklärt, daß man von einer schuldrechtlichen Verpflichtung nur dann sprechen könne, wenn sie auch klagbar und vollstreckbar sei.

Wäre diese enge Auffassung von dem Begriff der Gebrauchspflicht die richtige, dann würde damit schon der Miete oder Pacht ein Bestandteil des Dienstvertrages beigemischt. Es wäre also der Pächter eines Landgutes, dem nach § 591 eine Nutzungspflicht auferlegt ist, als Dienstverpflichteter des Grundeigentümers aufzufassen. Es würde sich schon nicht mehr um einen reinen Pachtvertrag handeln, sondern ihm wäre ein fremder Bestandteil angeheftet. Es wird aber wohl niemand bestreiten, daß es sich bei der Pacht landwirtschaftschaftlicher Grundstücke um einen vom Gesetz ausdrücklich geregelten Pachtvertrag reinster Art handelt. Mit diesen reinen Pacht- und Mietverträgen kann es sich auch bei Bestehen einer Gebrauchspflicht nur so verhalten, daß der Pächter oder Mieter „kein Dienstleister des Grundeigners, auch nicht indirekt"[2]) ist.

Es muß die Gebrauchspflicht in etwas anderem liegen als darin, daß das Recht des Gebrauchs in eine unbedingte, absolute Pflicht zum Gebrauch verwandelt wird, auf deren Erfüllung selbständig geklagt werden kann. Das wesentliche Merkmal des Miet- und Pachtvertrages, das Recht des Gebrauches und der Nutzung, muß unverändert bestehen bleiben; es muß dem freien Entschluß des Mieters und Pächters unterliegen, ob er die Sache gebrauchen will oder nicht, und

---

[1]) Bernhard JW. 1932 S. 2386; Arnold Seuff. Bl. 63 S. 344. Wenn Arnold in seiner Anmerkung Kohler (Arch. ziv. Pr. 71, 397 ff.) anführt, will er damit wahrscheinlich nur auf die von Kohler dargelegte Möglichkeit des Bestehens einer Gebrauchsverpflichtung hinweisen. Gerade Kohler steht sonst nicht auf dem Standpunkt einer unbedingten Gebrauchspflicht.

[2]) Kohler, Arch. bürg. R. 13 S. 182.

doch müssen diesem freien Willen durch die Gebrauchspflicht gewisse Grenzen gezogen werden.

Wenn eine unbedingte, absolute Gebrauchspflicht nicht im Sinne des Gesetzes liegt, so ist ihm doch eine relative zu entnehmen. Das soll heißen: Wenn der § 591 dem Pächter auch nicht die Pflicht auferlegt, die Sache abzunehmen und in Gebrauch zu nehmen, — in der absoluten Gebrauchspflicht ist notwendig eine Abnahmepflicht enthalten — so läuft diese Pflicht doch darauf hinaus, daß der Pächter, hat er die Sache einmal abgenommen, zum Gebrauch der Sache verpflichtet ist. Diese Beziehung zwischen Abnahme und Gebrauch ist gemeint, wenn von relativer Gebrauchspflicht gesprochen werden soll.

Aus § 591, der jetzt immer als Beispiel einer gesetzlichen Nutzungspflicht angesehen werden soll, folgt nicht, daß der Pächter schlechthin zur Benutzung verpflichtet sein soll, sondern nur dann, wenn er das Landgut wirklich übernommen hat. Mit der Übernahme tut er äußerlich seinen Willen zur Bewirtschaftung kund, er bezeugt damit, daß er von seinem Ausbeutungsrechte Gebrauch machen will. Mit der Abnahme rückt die Sache in eine Gefahrenzone, die der Verpächter nicht mehr überblicken kann[3]), und in der er keinen Einfluß mehr auf die Sache hat. Da aber irgend jemand in gewisser Weise mit dem Grundstück verfahren muß, damit es in einem wirtschaftlichen Zustand bleibt, und da der Verpächter hierzu nicht mehr in der Lage ist, so muß diese Pflicht jetzt den Pächter treffen.

Es verhält sich hier ähnlich wie mit der Obhutspflicht. Auch diese ist eine relative, sie obliegt dem Pächter erst vom Zeitpunkt der Abnahme an. Es besteht noch eine weitere Ähnlichkeit. Die Obhutspflicht ist auf den Gedanken gegründet, daß dem Interesse des Verpächters, der keinen vollen Einfluß mehr auf die Sache besitzt, durch Erhaltung der Sache Genüge geschehen soll. Sie erfordert auf die Sache selbst zu machende Leistungen. Ebenso verhält es sich regelmäßig bei der Gebrauchspflicht, nur daß es sich hier vielfach nicht um Leistungen handelt, die sich auf die Sache selbst beziehen, sondern auf mit der Sache verbundene Gegenstände. Wenn der Eigentümer eines Hauses einen in diesem befindlichen Laden vermietet mit der Bestimmung, daß der Mieter dort ein Gewerbe betreiben müsse, so enthält der Betrieb des Gewerbes noch keine unmittelbaren Vorteil für den Laden als solchen; ihn muß der Mieter wegen der ihm obliegenden Obhutspflicht instand halten; aber der Wert des Grundstücks und die Verwertbarkeit des Ladens steigen durch den entstandenen Betrieb, durch das Hingewöhnen der Kundschaft und andere Umstände. Indirekt erst bildet dieser Gebrauch auch eine Leistung auf den Laden selbst, da dieser ein Teil des Grundstückes ist.

Mit dieser Pflicht verhält es sich regelmäßig so, wie Kohler[4]) es treffend erkannt hat: Der Mieter oder Pächter ist verpflichtet, in einer Weise mit dem Gegenstand zu verfahren, der sich zwar einer-

[3]) So Henle a.a.O. S. 288.
[4]) Kohler, Arch. bürg. R. 13 S. 181.

seits als Gebrauch darstellt, der auf der anderen Seite aber eine Leistung für den Gegenstand enthält. Zu dieser Leistung ist nur derjenige imstande, der die Sache in Händen hat; dieser soll dazu aber auch verpflichtet sein. Durch das ordentliche Betreiben der Landwirtschaft wird gleichzeitig die gesetzliche Obhut über die Sache ausgeübt; aber dadurch wird noch mehr für das Grundstück getan als seine reine einfache Erhaltung. Wem ein Pferd mit der Bestimmung vermietet ist, er solle es auch wirklich reiten, genügt nicht nur seiner Obhutspflicht, wenn er reitet, sondern er tut mehr. Die Obhutspflicht verlangt nur, daß er das Pferd in gutem Zustand erhalte, daß er es also bewege; ein Reiten ist nicht erforderlich.

Die Gebrauchspflicht geht demnach über die normale Obhutspflicht hinaus. Man wird aber sagen müssen, daß sie eine gesteigerte Obhutspflicht sei. Sehr deutlich erkennt man das aus dem § 591. Darin erklärt der Gesetzgeber, daß er die normale Obhutspflicht nicht für ausreichend halte, daß bei landwirtschaftlichen Grundstücken vielmehr ein anderer Maßstab anzulegen sei und die Erhaltung des Pachtobjekts nur durch dauernden Wirtschaftsbetrieb möglich sei. Ebenso verhält es sich bei der durch Parteivereinbarung getroffenen Gebrauchsverpflichtung. Auch hier erklärt der Vermieter, daß seinen und der Sache Interessen nur genügt werden könne durch den dauernden Gebrauch; seiner Ansicht nach erfordere die nach seinem Maßstab zu berechnende Erhaltung der Sache eine über das normale Maß hinausgehende Obhut, die nur durch dauernden Gebrauch gewährleistet werden könne. Er steigert durch diese Abrede die Obhutspflicht zu einer Gebrauchspflicht.

Diese Beispiele zeigen, daß sich die selbständige[5]) Gebrauchspflicht darstellt als eine vom Gesetz (§ 591), Vermieter oder Verpächter für nötig gehaltene Steigerung der Obhutspflicht.

Die Gründe, aus denen diese Steigerung angebracht erscheint, sind gleichgültig; sie werden meist subjektiver Art sein, können sich aber auch aus der Natur der Sache oder aus anderen Umständen ergeben, ohne daß sie besonders angegeben werden. Daraus, daß gerade die Obhutspflicht eine Steigerung erfährt, ergibt sich von selbst, daß letzten Endes der Gebrauch der Sache selbst zugute kommen soll, wenn auch vielleicht nicht ausschließlich; beim Dienstvertrag dagegen geschieht die Leistung vor allem im Interesse des Dienstherrn. Es kann auch sein, daß die einzelne Sache einer Gesamtheit zugehört und daß die Gebrauchspflicht im Interesse der Sachgesamtheit auferlegt wird. So verhält es sich z. B. bei den Messemietverträgen, in denen fast regelmäßig eine Gebrauchspflicht vereinbart wird[6]). Das geschieht nicht im Interesse des eigenen Standes, son-

[5]) Den Gegensatz hierzu bildet die unter II behandelte mittelbare Gebrauchspflicht.

[6]) Brandis JW 1932, 631; Ebel-Lilienthal a.a.O. S. 21; B. Stern a.a.O. S. 134 Nr. 5.

dern weil die ganze Ausstellung durch das Leerstehen einzelner Stände leiden würde. Die Ausstellungspflicht bedeutet somit, daß der Mieter, wenn er den Stand abgenommen hat, nicht nur für die normale Instandhaltung zu sorgen hat, sondern auch dafür, daß sich der Stand dem Bild des ganzen Messe gut einfügt, daß er also auch bezogen sein muß.

Aus der Auffassung der Gebrauchspflicht als einer gesteigerten Obhutspflicht ergibt sich auch ihre rechtliche Beurteilung. Zunächst ist sicher, daß sie dem Mieter oder Pächter nur so lange obliegt, als er sich im Besitz des Miet- oder Pachtgegenstandes befindet oder sonst irgendwie die Gewalt darüber hat. Nimmt er die Sache erst gar nicht ab, wozu er in der Regel nicht verpflichtet ist, so braucht er sie auch nicht zu benutzen. Hat er sie aber abgenommen, so trifft ihn nicht nur die normale Obhutspflicht, sondern eben jene gesteigerte, die Gebrauchspflicht.

Daraus, daß der Pächter nicht zur Abnahme verpflichtet ist, kann man folgern, daß er nach Abnahme nicht gezwungen sein kann, die Sache während der ganzen Miet- oder Pachtzeit zu behalten und damit zu benutzen. Der nur vom Willen des Pächters abhängigen Abnahme entspricht somit ein ebenso nur seinem freien Entschluß unterworfenes Rückgaberecht, das ihn durch Zurückgeben der Sache seiner normalen und auch seiner gesteigerten Obhutspflicht enthebt. Er kann sich dadurch von seinen Verpflichtungen freimachen; jedoch die Verpflichtung zur Zahlung des Zinses wird dadurch nicht berührt. Mit der Rückgabe soll nur der Verpächter in die Lage gesetzt werden, nunmehr seinerseits mit der von ihm für nötig gehaltenen Sorgfalt sich um die Sache zu bemühen. Durch die Rückgabe wird der Pächter von der Gebrauchs- und Obhutsverpflichtung frei, muß aber gleichzeitig auf sein Gebrauchsrecht verzichten.

Daß ein solches Rückgaberecht in den meisten Fällen besteht, wird man zugeben müssen, ebenso wie man eine Abnahmepflicht bei der Miete und Pacht verneint. Das ergibt sich auch aus der Regel des § 271 Abs. 2 BGB., der auch auf diese Verpflichtung anzuwenden ist. Daß es sich aber in allen Fällen so verhalte[7]), erscheint doch nicht gerechtfertigt. Aus den Protokollen[8]) läßt sich diese Meinung nicht herleiten, da sie die Frage nicht direkt beantworteten, sondern sich trotz eines dahingehenden Antrages auf die heutige Regelung beschränkten[9]). Sicher ist zunächst, daß der Pächter nicht die Sache zu jeder beliebigen Zeit zurückgeben darf; er muß dies vielmehr angemessene Zeit vorher dem Verpächter mitgeteilt haben, damit sich dieser entsprechend darauf vorbereiten kann. Es muß immer auf die allgemeinen Rückgabebestimmungen geachtet werden, die bei vorzeitiger

---

[7]) Kohler, Arch. ziv. Pr. 71, 400; Arch. bürg. R. 13, 182; Jakubezky a.a.O. S. 134 zu § 541; Staudinger § 583 3 S. 614.

[8]) Prot. II S. 255 f.

[9]) A.A. anscheinend Staudinger § 583 3 S. 614.

Rückgabe ebenso zu gelten haben wie bei der normalen am Ende der Pachtzeit. So wird bei einem Landgute § 593 zu beachten sein; von den Erzeugnissen müssen die zur Fortführung erforderlichen zurückgelassen werden[10]).

Abgesehen davon sind aber gerade bei der Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke Fälle denkbar, in denen man ein freies Rückgaberecht nicht annehmen kann. Dieses Recht braucht nicht etwa immer ausdrücklich ausgeschlossen zu sein, sondern es kann sich schon aus den Umständen ergeben, daß der Wille des Verpächters dahin ging, daß er von der Sache befreit sein wollte. Oft verfolgte der Verpächter gerade den Zweck, die Sorge für die Sache auf den Pächter abzuwälzen und, wenn auch nicht schon die Abnahme dem Pächter zur Pflicht gemacht wurde, so ist der Zweck doch geeignet, ein vorzeitiges Rückgaberecht auszuschließen[11]). Verlangt werden muß jedoch, daß der Wille des Ausschlusses nach außen erkennbar hervorgetreten ist oder doch wenigstens aus den Umständen zu entnehmen war. Weil es sich hier um Ausnahmefälle handelt, trifft den Verpächter die Beweispflicht hinsichtlich des Ausschlusses des Rückgaberechtes.

Mit der Rückgabe gerät der Mieter oder Pächter entsprechend der anfänglichen Nichtabnahme in Annahmeverzug, indem er die ihm auch jetzt noch dauernd angebotene Leistung ablehnt. Daraus folgt vor allem, daß er nach § 304 außer dem zu zahlenden Pachtzins auch die Mehrkosten zu tragen hat, die dem Vermieter oder Verpächter durch die vorzeitige Rückgabe erwachsen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß die Nutzungen jetzt der Verpächter zieht; besonders § 552 S. 2 ist zu beachten. Ist der Wert der gezogenen Nutzungen höher als der des Pachtzinses, so verbleibt das Mehr dem Verpächter[12]).

Es bleibt nun festzustellen, welche Rechte dem Vermieter zustehen, wenn der Mieter die Sache abgenommen, aber nicht in Gebrauch genommen hat. Da die Gebrauchspflicht eine, wenn auch gesteigerte, Obhutspflicht ist, so kann der Vermieter die gleichen Rechtsbehelfe anwenden wie bei Verletzung der normalen Obhutspflicht. Wenn die Sache sich durch den Nichtgebrauch über das Maß des § 548 hinaus verschlechtert, so ist der Mieter nach § 276 schadenersatzpflichtig[13]). Weiterhin verhält es sich in den Fällen, in denen eine Gebrauchspflicht besteht, so, daß zum vertragsmäßigen Gebrauch

---

[10]) ähnlich Kohler Arch. ziv. Pr. 71, 400.

[11]) So insbes. Planck § 591 2 S. 906. — Vgl. auch RG in Recht 1919 Rspr. Nr. 43. In diesem Falle wurde es abgelehnt, daß der Pächter das Gut einige Tage vor Pachtende zurückgeben dürfe. — Krieg Hdwb. d. Rw. S. 43, lehnt jede vorzeitige Rückgabe ab. Das erscheint jedoch zu weitgehend, insbesondere angesichts des auch auf die Rückgabepflicht anwendbaren § 271 Abs. 2 und des Fehlens einer Abnahmeverpflichtung.

[12]) Ebenso Kohler Arch. ziv. Pr. 71, 402.

[13]) So auch Strauß a.a.O. S. 109.

die Benutzung überhaupt gehört. In dem Nichtgebrauch ist dann ohne Bedenken ein vertragswidriger Gebrauch zu erblicken[14]).

Merkwürdig ist nur folgende Erscheinung: Alle genannten Schriftsteller führen an, daß der Vermieter oder Verpächter auch in diesem Falle die Rechtsbehelfe der §§ 550, 553 habe. Das Recht der außerordentlichen Kündigung nach § 553 wird man ihm ohne weiteres zubilligen. Jedoch der § 550, auf diesen Fall entsprechend angewendet, bedeutet, daß der Vermieter auf Unterlassung des vertragswidrigen Nichtgebrauchs klagen kann, d. h. aber positiv, daß er auf Gebrauchsausübung klagen kann. Ein derartiger Anspruch soll jedoch nach Ansicht der Schriftsteller dem Vermieter oder Verpächter nur ganz ausnahmsweise bei besonderer Dienstübernahme zustehen[15]). Diese Ansicht wird man auch billigen können, weil sonst dem Miet- oder Pachtvertrag ein Bestandteil eines Dienst- oder Werkvertrages angeheftet würde, der sich nicht von selbst versteht und der in den meisten Fällen auch nicht gewollt ist. Ebensowenig wie positiv auf Erfüllung der Obhutspflicht geklagt werden kann, ist eine Klage auf Ingebrauchnahme möglich, wenn eine klagbare Pflicht nicht ausdrücklich vereinbart ist. Es handelt sich nur um eine Nebenpflicht, nicht um eine Hauptverpflichtung. § 550 kann nur Anwendung finden, wenn der Gebrauch in einem positiven Tun besteht; denn nur in einem solchen Fall kann auf Unterlassung im eigentlichen Sinne geklagt werden. Anders liegen die Dinge bei § 553.

Eine besondere Ansicht vertritt Kohler[16]), der folgendes annimmt: Der Mieter (Pächter) ist zwar nicht zur Benutzung schlechthin verpflichtet; er hat aber die Pflicht, wenn er die Sache abgenommen hat, sie entweder zu benutzen oder, wenn er das nicht will, sie wenigstens dem Vermieter (Verpächter) zurückzugeben, damit dieser mit der Sache mit der von ihm für nötig befundenen Obhut verfahre. Kohler[17]) sieht also nicht ein bloßes Rückgaberecht für zulässig an, sondern will dem Mieter oder Pächter auch die Pflicht zur Rückgabe auferlegen, wenn er die Sache nicht entsprechend der gesteigerten Obhutspflicht, der Gebrauchspflicht, gebrauchen will. Das entspricht der Natur der Nutzungsverpflichtung in ihrer Wechselbeziehung zur Abnahme allerdings am besten. Will der Pächter mit der einmal abgenommenen Sache nicht pflichtgemäß verfahren, dann muß er wenigstens dem Verpächter die Möglichkeit gewähren, auf die Sache einzuwirken, indem er ihm die Sache zur Verfügung stellt. Diese Pflicht zur Rückgabe aber als so stark anzusehen, daß sie auf der anderen Seite dem Verpächter einen klagbaren Anspruch auf

---

[14]) Oertmann, 6 vor § 581 S. 850; Planck § 591 2 S. 906; RGRK § 591 1 S. 233; Staudinger § 581 III B 2 S. 606; § 591 4 S. 626; Warneyer § 591 S. 1077; Mittelstein S. 24; RG in RGZ 138 S. 198; in Recht 1925 Rspr Nr. 2413.

[15]) Bes. deutlich Goldmann-Lilienthal a.a.O. S. 599 N. 11.

[16]) Kohler, Arch. bürg. R. 13, 182.

[17]) Vergl. auch Arch. Ziv. Pr. 71, 399 f.

Rückgabe gewährt, erscheint doch nicht gerechtfertigt[18]). Es läßt sich zwar dafür anführen, daß es dem Vermieter und Verpächter möglich sein muß, unter Aufrechterhaltung des Vertrages, besonders der Zinszahlungspflicht für die Sache sorgen zu können, damit sie sich nicht erst verschlechtert. Ein entstandener Schaden kann oft trotz allen Schadensersatzes nicht rückgängig gemacht werden. Aber aus dem Gesetz läßt sich ein solcher Rückgabeanspruch nicht herleiten. Man kann ihn auch nicht als Ersatz für den in diesen Fällen nicht anwendbaren § 550 ansehen, der der Besonderheit der Rechtslage Rechnung trägt. Zu einem willkürlichen Schaffen von so schwerwiegenden Rechten und Pflichten ist man nicht berechtigt. Auch bei Verletzung der einfachen Obhutspflicht wird dem Vermieter nicht das Recht zuerkannt, die Sache zurückverlangen zu können, wenn der Mieter sie verwahrlosen läßt. Auch dort bleibt nur die Möglichkeit, den Vertrag aufzulösen und Schadensersatz zu verlangen. Ebenso verhält es sich auch bei der gesteigerten Obhutspflicht, der Gebrauchspflicht. Die Aufrechterhaltung eines solchen Vertrages erscheint auch nicht zweckmäßig. Der Mietvertrag wird seines wesenlichsten Bestandteils, der Gebrauchsgewährung, durch den Zwang zur Rückgabe beraubt. Ein R e c h t des Mieters zur Rückgabe ist noch anzuerkennen, weil ihm die Sache hier fortlaufend zur Verfügung gehalten wird und er sie jederzeit von neuem abnehmen kann. Eine erzwingbare Verpflichtung darf man aber nicht willkürlich schaffen.

Am zweckmäßigsten würde wohl folgende Auffassung sein, für die sich jedoch im Gesetz auch keine Stütze finden läßt. Man wendet den gleichen Gedanken an, der in § 57 ArbOG Ausdruck gefunden hat. Der Vermieter klagt auf Gebrauchsausübung, hilfsweise auf Rückgabe der Sache. Der Beklagte wird zur Ingebrauchnahme verurteilt; kommt er dem binnen einer kurzen, je nach Art des Miet- oder Pachtgegenstandes zu bemessenden Frist nicht nach, so hat er die Sache zurückzugeben unter Weiterzahlung des Zinses bis zum Vertragsende, wobei wiederum § 552 zu beachten bleibt. Die Vollstreckung eines solchen Urteils ist so möglich, daß nach Ablauf der Frist dem Beklagten die Sache fortgenommen werden kann, wenn er sie nicht freiwillig zurückgibt. Es gilt die Rückgabe als gewählt. Diese Auffassung wird der Besonderheit der Lage am besten gerecht. Der § 550 bleibt noch insofern anwendbar, als auf Gebrauchsausübung geklagt werden kann. Andererseits ist nicht dem Vertrag ein Dienstvertragsbestandteil beigemischt, weil die Ingebrauchnahme nicht durch Vollstreckung erzwungen werden kann. Nimmt er in der gesetzten Frist die Sache nicht in Gebrauch, muß er sie zurückgeben und dennoch den Zins weiterzahlen. Der Schwerpunkt dieser Auffassung liegt darin, daß durch die Verurteilung dem Beklagten die Lage klar aufgezeigt wird und daß das Urteil doch stärker auf ihn wirkt als die Mahnung des Klägers. Dann überlegt er sich doch noch

[18]) Ob K o h l e r dem Verpächter einen klagbaren Anspruch gewährt, läßt sich nicht ganz klar ersehen.

einmal, ob er den Zins für nichts weiter zahlen oder nicht besser die Sache in der gesetzten Frist in Gebrauch nehmen soll, selbst wenn es sich nicht rentiert. Aber auch diese, dem Wesen der Gebrauchspflicht so sehr angepaßte Möglichkeit, läßt sich nicht aufrecht erhalten. Das Gesetz gibt keinen Anhalt dafür. Eine stillschweigende Vertragsabrede, daß der Mieter bei Nichtgebrauch die Sache zurückzugeben habe und daß notfalls darauf geklagt werden könne, darf man nicht ohne weiteres unterschieben. Eine solche Abrede ist zum mindesten nicht selbstverständlich.

Somit stehen dem Vermieter und Verpächter als Rechtsbehelfe bei Unterlassung des Gebrauchs nur die außerordentliche Kündigung nach § 553 und bei über die Grenzen des § 548 hinausgehenden Verschlechterungen Schadenersatz nach § 276 zu. Einen anderen Anspruch kann er ohne weiteres nicht geltend machen; es bleibt den Parteien natürlich vorbehalten, ihre Interessen durch besondere Vereinbarungen zu schützen.

Dies alles gilt jedoch nur bei den reinen Miet- und Pachtverträgen.

II. Unter den Begriff der Gebrauchspflicht als einer gesteigerten Obhutspflicht lassen sich nun nicht alle Fälle einer Verpflichtung zum Gebrauch bringen. Es besteht vielmehr noch ein zweiter Fall, den man am besten als mittelbare[19]) oder abhängige Gebrauchspflicht bezeichnet. Die Untersuchung dieser Art von Gebrauchspflicht soll durchgeführt werden an Hand der partiarischem Pacht- und Mietverträge. Bei der Teilpacht (colonia partiaria)[20]) besteht der Pachtzins nicht in einer festen Geldsumme, sondern in einer Quote der Früchte des Pachtgegenstandes. Eine derartige Vereinbarung ist nach dem BGB ohne weiteres zulässig[21]). Der Pachtzins braucht nicht notwendig in Geld zu bestehen[22]); die Höhe unterliegt den allgemeinen Bestimmungen; auch wird der Verpächter nicht mit eigenen Sachen bezahlt, da der Pächter nach § 956 Eigentümer der Früchte wird[23]). Im BGB bedurfte es daher einer besonderen Regelung nicht[24]).

---

[19]) Dieser Ausdruck findet sich erstmalig bei Brandis JW 1932, 632.

[20]) Hierüber insbes. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 65 ff.

[21]) Mot. II S. 422.

[22]) Allgem. anerkannt: Mot. II, 372, Prot. I 130; Oertmann § 535 3 C S. 745; Staudinger § 535 B III 1 S. 403; Warneyer § 535 V S. 975; Arnold Seuff. Bl. 63, 328; Borcherdt a.a.O. S. 3; Brückner a.a.O. 17; Crome Lehrbuch 534; part. Rechtg. 124 ff.; Enneccerus S. 450; Fuld a.a.O. S. 24; Mittelstein S. 15; Niendorf a.a.O. S. 5. — A.A. Planck § 535 3 S. 804. — A.A. hinsichtlich Dienstleistungen als Zins: v. Gierke a.a.O. 521; Hoeniger a.a.O. S. 63.

[23]) Crome, Part. Rechtsg. 52 f.

[24]) Anders das römische Recht, weil dort der Pachtzins in Geld bestehen mußte (§ 2 J. de loc. 3, 24. Vergl. Windscheid a.a.O. S. 720). So haben sich diese Bestimmungen in viele moderne Gesetzbücher vererbt (ALR I 21 §§ 264—266; Sächs. GB. a. 1190; Schw. OR. a. 275 II, III; Oest. GB. § 1103; c. c. fr. a. 1763—67; 1827—30, Gesetz v. 18. 7. 1889;

Wichtig ist es nur, diesen Vertrag von der Gesellschaft abzugrenzen. Man muß sich dabei klar werden, ob jeder der Beteiligten einen besonderen Zweck verfolgt (Teilpacht), oder ob ein gemeinsam erstrebtes Ziel gegeben ist (Gesellschaft)[25]. Andererseits ist wieder zu trennen Teilpacht und partiarischer Dienstvertrag je nach der wirtschaftlichen Abhängigkeit und Unselbständigkeit der Arbeitsweise.

Die Teilpacht ist als reine Pacht den entsprechenden Bestimmungen des BGB unterworfen[26]. Demnach besteht grundsätzlich keine Ausbeutungspflicht. Die Besonderheit der Teilpacht liegt nun darin, daß aus den gezogenen Früchten sich der Pachtzins ergibt. Werden Früchte nicht gezogen, so können dem Verpächter keine als Zins übergeben werden. Das liegt jedoch nicht im Sinne des Vertrages. Der Pächter hat ein Entgelt zu zahlen und daraus ergibt sich indirekt, daß er sich um die Beschaffung der Früchte bemühen muß, daß ihm somit eine Fruchtziehungspflicht obliegt[27] [28].

Ähnlich verhält es sich, wenn es sich nicht um Naturalfrüchte handelt, sondern um Geld, oder wenn sich die Höhe des Pachtzinses zwar nach der Menge der gezogenen Früchte richtet, der Zins aber in Geld zu zahlen ist. So ist es z. B. bei der Pacht eines Bergwerkes, wo sich der Pachtzins nach der Menge des geförderten Erzes bemißt, oder bei der Pacht einer Gastwirtschaft, wo der Zins nach der Menge des ausgeschenkten Bieres bemessen wird, bei der sog. Tonnenpacht.

Es sind nun Stimmen laut geworden, die in diesen Fällen eine Gebrauchsverpflichtung ablehnen wollen[29]. Es wird dabei angeführt, daß es hier dem Verpächter garnicht so sehr auf die Benutzung des Pachtgegenstandes selbst ankomme, als vielmehr darauf, daß durch Ausübung des Betriebes eine Unterlage für die Berechnung des Pachtzinses geschaffen würde. Der Gebrauch sei nicht Selbstzweck, sondern Mittel zu dem Zweck, den Umfang der Leistung festzustellen. Eine Pflicht zum Gebrauch könne daraus nicht hergeleitet werden[30]. Es erscheint jedoch unberechtigt, in diesen Fällen eine Gebrauchsver-

---

Bes. c. c. ital. a. 1647—64, 1684—86; c. c. Port. a. 1299—1303; über die spanischen Bestrebungen vergl. Manresa y Navarro zu a. 1579 S. 692—720), obwohl es eigentlich nicht nötig gewesen wäre. (Guhl a.a.O. S. 170.)

[25]) Hierzu Kretschmar Krit. viertelj. Schr. 44, 161.

[26]) Crome, Part. Rechtsg. 65.

[27]) Crome Part. Rechtsg. S. 93, 108, 112; Gierke S. 562 N. 134.

[28]) Die Auffassung Kretschmars Krit. Viertelj. Schr. 44 S. 165 f., daß sich die Gebrauchspflicht bei der Teilpacht nur als Verkehrssitte rechtfertigen lasse, erscheint etwas gekünstelt. Die Vereinbarung dieser besonderen Pachtzinspflicht läßt vielmehr den Willen den Beteiligten erkennen, daß der Pachtgegenstand auch ausgenutzt werde. Daraus ist eine Gebrauchspflicht abzuleiten; sie ist als stillschweigende Vertragsabrede anzusehen.

[29]) Brandis JW 1932, 632; Spiro Grundst. Warte 1932, 129; Ebel-Lilienthal a.a.O. S. 21.

[30]) Ob die Gebrauchspflicht schlechthin oder nur mit Bezug auf Art. 8 der Verordnung über die außerordentliche Mietkündigung zum 5. Januar 1932 vom 23. 12. 31 (RGBl. I S. 796) verneint wird, ist nicht ganz klar ersichtlich.

pflichtung leugnen zu wollen. Hier besteht ein über das allgemeine Verpächterinteresse hinausgehendes Interesse an der Aufrechterhaltung des Betriebes und seiner möglichsten Ausgestaltung. Gerade durch diese Modifikation der Pachtzinsbestimmung gibt der Verpächter seiner Meinung Ausdruck, daß er dadurch sich besser zu stellen hofft als bei einer feststehenden Leistung. Voraussetzung für die Berechnung, und daher unbedingt gewollt, ist aber der andauernde Betrieb. Darüber darf man nicht einfach hinwegsehen[31]). Es muß allerdings zugegeben werden, daß es sich um ein reines Gewinninteresse des Verpächters handelt, das aber ausreicht.

Der Grundgedanke der Gegenmeinung ist jedoch richtig. Es darf nämlich nicht verkannt werden, daß in diesem Fall die Gebrauchspflicht in etwas ganz anderem besteht als in einer verstärkten Obhutspflicht. Dem Verpächter kommt es hier weniger auf die Fürsorge für die Sache an, als auf einen hohen Zins. Die Benutzung der Sache ist in diesem Fall tatsächlich nichts anderes als Mittel zum Zweck. Vom Standpunkt der eben aufgestellten Definition der Gebrauchspflicht als einer gesteigerten Obhutspflicht gesehen, muß man in diesem Fall eine selbständige Gebrauchspflicht verneinen. Und doch ergibt sich aus dem ganzen Sinn und Zweck des Pachtvertrages, daß der Pächter die Sache gebrauchen und vor allem Früchte ziehen soll. Er ist zur Fruchtziehung verpflichtet. Diese Ausbeute soll nicht der Sache zugute kommen, wenn das auch nebenbei der Fall sein wird, sondern sie soll nur einen Maßstab für die Höhe des Pachtzinses abgeben. Damit das erreicht werden kann, muß die Sache genutzt und müssen Früchte gezogen werden. Der Inhalt dieser Gebrauchspflicht ist also ganz anderer Art als der der selbständigen Gebrauchsverpflichtung, da jene sich nur mittelbar aus dem Vertrage ergibt. Man bezeichnet sie daher am besten als mittelbare Gebrauchspflicht. Da es hierbei in erster Linie auf das Erzielen von Früchten ankommt, könnte man geneigt sein, in diesen Fällen zur besseren Unterscheidung von Fruchtziehungspflicht zu sprechen; das geht jedoch nicht an im Hinblick auf folgende Möglichkeit.

Bei der Miete sind ebensolche partiarische Abreden möglich[32]), wenn sie auch seltener vorkommen. Es wird z. B. ein Laden in einer zunächst noch nicht sehr günstigen Geschäftsgegend gemietet, die jedoch einen großen geschäftlichen Aufschwung zu nehmen verspricht. Hier kommt der partiarische Mietvertrag beiden Beteiligten entgegen. Der Mieter braucht, so lange die Lage noch ungünstig ist, nur wenig zu zahlen, später je nach dem Aufblühen des Geschäftes entsprechend mehr. Der Vermieter bekommt zwar zunächst weniger, nimmt dann

[31]) Ueberwiegende Meinung. Staudinger § 581 III B 2 S. 606; Warneyer § 581 I S. 1064; Krieg MG. 1932, 41; Bernhard JW 1932, 2386; Niendorff a.a.O. S. 176; Oelze DMR 1932, 1278; Mühsam a.a.O. S. 171; B. Stern Privathausbesitz S. 42; C. Stern JW 1932, 2059. RG in Seuff. A. 88, 259; Recht 1925 Nr. 2413.

[32]) Crome, Part. Rechtsg. S. 124 ff.; Mittelstein S. 76 ff.; RG in Bolze 4 Nr. 657; OLG. Hamburg im DJZ 1900 S. 100.

aber teil an dem Aufschwung des Geschäfts. Auch hier noch ist der Gebrauch des Ladens Voraussetzung für den Gewinn, d. h. für die Früchte, die gerade aus ihm gezogen werden sollen, um die Berechnung zu ermöglichen.

Um Früchte muß es sich immer handeln, auch bei der Miete. Das wird sehr klar durch folgendes Beispiel Cromes[33]): Es vermietet jemand einem armen, aber vertrauenerweckenden Dichter oder Komponisten ein Zimmer mit der partiarischen Abrede, daß dieser einen Prozentsatz seiner Einnahmen als Mietszies zahlen sollte. Crome[34]) folgert daraus, daß dieser Mieter nunmehr nicht spazierengehen und faulenzen dürfe, sondern arbeiten müsse, um einen Gewinn zu ziehen, nach dem der Mietzins berechnet werden könne. Dem wird man zustimmen müssen. Nun kommt aber die merkwürdige Feststellung: Diese Gewinnerzielungs- oder Fruchtziehungspflicht ist keine mittelbare Gebrauchspflicht. Der Mieter braucht nicht in dem Zimmer zu wohnen, um Gewinn zu erzielen; er kann darin ebensogut faulenzen wie anderswo. Er hat vielmehr seinen Geist anzustrengen und, wenn möglich, etwas Produktives hervorzubringen, das Gewinn abwirft. Ob er aber in dem Zimmer oder beim Spazierengehen arbeitet, ist gleichgültig.

Damit dürfte gezeigt sein, daß partiarischen Abreden immer die Pflicht zur Fruchtziehung innewohnt, auch bei Mietverträgen. Ob aber die Früchte aus der Miet- oder Pachtsache gezogen werden müssen, ob also eine mittelbare Gebrauchspflicht besteht, hängt vom Einzelfall ab. Die Fruchtziehungspflicht, die definiert werden kann als die Pflicht, Früchte zu ziehen aus dem Gegenstand, dessen Früchte maßgebend sein sollen für die Berechnung des Miet- oder Pachtzinses, stellt sich nur dann als mittelbare Gebrauchspflicht dar, wenn die Früchte des Miet- oder Pachtgegenstandes selbst als Maßstab für die Berechnung des Zinses vereinbart sind.

Die mittelbare Gebrauchspflicht ist nicht auf die partiarischen Miet- und Pachtverträge beschränkt, sondern sie besteht in allen Fällen, in denen dem Mieter oder Pächter eine Pflicht auferlegt wird, deren Erfüllung den Gebrauch des Miet- oder Pachtgegenstandes zur Voraussetzung hat. So verhält es sich, wenn dem Pächter eines Geschäftes die Erhaltung der Konzession zur Pflicht gemacht und dazu der dauernde Betrieb erforderlich ist. Die Gebrauchspflicht ist in allen diesen Fällen nur Ausfluß der anderen Pflicht, sie ist von dieser abhängig. Daher kann man sie auch als abhängige Gebrauchspflicht bezeichnen. Zum Gebrauch ist der Mieter oder Pächter nur verpflichtet, weil und soweit jene Hauptverpflichtung es erfordert. Die mittelbare oder abhängige Gebrauchspflicht ist demnach die Pflicht, zwecks Erfüllung der Hauptpflicht die Sache zu gebrauchen. Die Hauptpflicht kann

[33]) Crome, Part. Rechtsg. S. 131.
[34]) Part. Rechtsg. S. 135.

sein die Pflicht zur Erzielung von Früchten zur Zahlung des Zinses oder die Pflicht zur Erhaltung der Konzession oder ähnliches. Immer ist jedoch sorgfältig zu prüfen, ob die Hauptpflicht den Gebrauch auch wirklich erfordert.

Die Erfüllung der abhängigen Gebrauchspflicht besteht ebenso wie die Erfüllung der selbständigen darin, daß der Mieter oder Pächter von dem Gegenstand Gebrauch macht. Doch in der rechtlichen Behandlung bestehen Unterschiede. Diese ergeben sich vor allem daraus, daß die abhängige Gebrauchsverpflichtung eben nur ein Teil einer anderen Pflicht ist und sich nur mittelbar aus ihr ergibt.

Macht der Mieter von der Sache keinen Gebrauch, so verstößt er damit in erster Linie gegen die Hauptpflicht. In einem solchen Falle kann man nicht von einem vertragswidrigen Nichtgebrauch sprechen, und der Vermieter kann nicht deswegen nach § 553 kündigen. Verletzt wird vielmehr die Fruchtziehungspflicht oder die Konzessionserhaltungspflicht. Dem Vermieter steht aber ein Rücktrittsrecht zu, weil der Mieter nicht schuldhaft die Unmöglichkeit seiner Leistung herbeiführen darf[35]). Die Folgen dieses Rücktritts wird man allerdings erst ex nunc wirken lassen, da es sich um die Auflösung eines Dauerverhältnisses handelt. Damit steht dann seine Wirkung wieder der der Kündigung gleich[36]). Dagegen braucht in diesem Fall der Verpächter bei dem partiarischen Vertrag nicht erst 2 Raten Zinsrückstand abzuwarten, um dann nach § 554 kündigen zu können[37]). Außerdem steht dem Vermieter und Verpächter ein Schadenersatzanspruch nach § 276 zu, wenn ihm durch die vertragswidrige Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Ob eine Klage auf Ingebrauchnahme möglich ist, hängt von dem Wesen der Hauptverpflichtung ab. Kann die Erfüllung dieser Pflicht im Klagewege erzwungen werden, dann gilt das Gleiche für die Gebrauchspflicht, da doch der Gebrauch Voraussetzung der Erfüllung ist. Es hängt dies von den besonderen Parteivereinbarungen ab, die die zusätzliche Nebenpflicht regeln. Grundsätzlich ist ein solcher Klageanspruch nicht gegeben. Hierbei gilt das Gleiche wie bei der selbständigen Gebrauchspflicht.

Ebenso richtet sich das Bestehen eines Rechtes des Mieters oder Pächters auf vorzeitige Rückgabe nach dem Wesen der Hauptpflicht. Als Normalfall ist auch hier wie bei der selbständigen Gebrauchspflicht anzunehmen, daß ein solches Recht besteht. Schwierigkeiten treten jedoch auf bei den partiarischen Verträgen. Der Mietzins ist nach Rückgabe weiterzuzahlen. Mit der Rückgabe entfällt jedoch die Möglichkeit, einen Maßstab für den Mietzins durch die gezogenen Früchte zu gewinnen oder von den Naturalfrüchten einen Teil abzuliefern. Andererseits ist aber auch bei der Fruchtziehungspflicht der Pächter nicht Dienstleister des Grundherren; es wäre sonst ein partiarischer Dienstvertrag. So bleibt nichts übrig, als den durchschnitt-

[35]) Crome, Part. Rechtsg. S. 135/6.
[36]) Vgl. auch Locher, Arch. ziv. Pr. 121, 107.
[37]) Crome, Part. Rechtsg. S. 109.

lichen möglichen Ertrag festzustellen und den in diesem Falle immer in Geld zu zahlenden Zins danach zu berechnen. Hierbei muß ganz besonders auf das Prinzip der §§ 157, 242 Rücksicht genommen werden, und die beiderseitigen Interessen sind zu beachten.

Im Endergebnis besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen der selbständigen und der abhängigen Gebrauchspflicht. Nur der Weg der juristischen Behandlung ist insofern verschieden, als die mittelbare Gebrauchspflicht gänzlich von der Hauptverpflichtung abhängig ist, während sich bei der selbständigen alles aus dem Wesen der Verpflichtung selbst ergibt.

§ 6. Die Gebrauchspflicht bei gemischten Miet- und Pachtverträgen.

Wenn bisher nur von den reinen Miet- und Pachtverträgen gehandelt wurde, so soll jetzt untersucht werden, wie es sich bei denen verhält, denen ein fremder Bestandteil beigemischt ist, z. B. der eines Dienstvertrages. Schon die Motive[1]) haben auf die Möglichkeit derartiger Vertragsformen hingewiesen, ließen aber dahingestellt, welche Rechtsnormen anzuwenden seien.

Bei der Behandlung solcher Verträge stehen sich im wesentlichen zwei Ansichten gegenüber. Die einen sind der Meinung, daß solche Mischformen nach dem BGB. nicht möglich seien[2]). Sie bringen vielmehr jeden dieser Verträge unter einen der Vertragstypen und behandeln ihn nach dessen Regeln. Es das Absorptionsprinzip. Bei den aus Miete und Diensten zusammengesetzten Verträgen überwiegt dabei die Neigung, einen Dienstvertrag anzunehmen. Auf diesem Standpunkt steht auch die Rechtsprechung zu einem großen Teil[3]).

Diese Auffassung ist jedoch nicht haltbar. Es geht nicht an, einen solchen Vertrag, der einen diesem Typ fremden Bestandteil enthält, nur nach den Vorschriften des überwiegenden Vertrages behandeln zu wollen. Man wird damit dem Nebenbestandteil nicht gerecht; einfach über ihn hinwegsehen darf man nicht. Welche Bestimmungen will man anwenden, wenn keinem der beiden Vertragsarten das Übergewicht zufällt? In einem solchen Falle würde die Entscheidung zugunsten des einen oder anderen Types eine ganz willkürliche sein.

---

[1]) Mot. II S. 372.

[2]) So Dernburg Lehrbuch II 2 S. 194; Endemann Lehrbuch I S. 1045 N. 29; Borcherdt a.a.O. S. 4; wohl auch Josef Seuff. Bl. 74 S. 718 ff. Ganz besonders aber Lotmar a.a.O. S. 161 N. 3, vor allem S. 687 f.; „Wo daher Arbeit und Sachnutzung durch gegenseitigen Vertrag in Austauschverhältnis gesetzt werden, kann entweder ein Miet- oder ein Arbeitsverhältnis gegeben sein. Eines und nur Eines muß vorliegen."

[3]) JW: 1921: S. 50 (MEA. Darmstadt); S. 283 (LG II Berlin); S. 418 LG III Berlin); S. 770 (LG Breslau); S. 772 (LG München); S. 1375 (LG Crefeld); 1923: S. 1785 (LG Zwickau). — A.A. mit sehr beachtlichen Ausführungen LG Breslau (JW 1922 S. 824). — Vgl. hierzu auch Philippovich ZBl. f. d. jur. Pr. 1934 S. 648 f., Soergel § 618 2 S. 934; Warneyer § 535 II S. 969.

Hierzu dürfte der Jurist viel weniger autorisiert sein als zu einer Kombination von Rechtswirkungen[4]).

So hat sich auch die Mehrzahl der Schriftsteller der Kombinationstheorie angeschlossen. Diese sieht in diesen Rechtsverhältnissen nicht einen bestimmten Vertragstyp, sondern nimmt einen gemischten, einen doppeltypischen Vertrag an. Die Behandlung bei Anwendung der Vertragsregeln ist dabei noch insofern eine verschiedene, als ein Teil zunächst darauf sieht, welcher Vertrag das Übergewicht hat, und dessen Regeln vor allem anwendet, die des weniger hervortretenden nur entsprechend[5]). Andere wenden dagegen mit Recht die Regeln beider Typen direkt an[6]). Diese Behandlung folgt aus der ganzen Auffassung von der Kombination der Vertragsarten, und es ist nicht einzusehen, warum man die Regeln des weniger hervortretenden Typs nur entsprechend anwenden will. Bei den gemischten Verträgen sind die Regeln beider Vertragsarten unmittelbar anzuwenden[7]).

Bei Mietverträgen findet es sich häufig, daß sie mit anderen Typen vermischt sind. Die Zulässigkeit dieser Formen ergibt sich daraus, daß nach dem BGB der Mietzins nicht in Geld zu bestehen braucht, daß also trotz eines aus anderen Leistungen bestehenden Entgeltes doch ein Mietvertrag bestehen kann. Wenn als Entgelt Dienste geleistet werden, so bleibt ein Mietvertrag bestehen, wenn auch die Dienste nach Dienstvertragsrecht unmittelbar zu beurteilen sind.

Als erste sollen die aus Miete und Dienstvertrag gemischten Verträge untersucht werden, die sich häufig finden, insbesondere in der Form der Hausmeisterverträge. Es kommen nur solche Verhältnisse in Betracht, in denen eine Gebrauchspflicht anzunehmen ist, wobei die Frage zu prüfen ist, aus welcher der Vertragsarten die Verpflichtung zur Benutzung der Sache abgeleitet werden muß. Eine Pflicht zum Gebrauch liegt nicht in allen Mischverträgen. Sie fehlt ohne Zweifel bei den Werkwohnungen, d. h. bei Wohnungen, die Arbeitern oder Angestellten eines Betriebes kostenlos als Teil der Vergütung oder zu Vorzugspreisen gewährt werden[8]). Hier steht das tatsächliche Wohnen im freien Entschluß des Arbeiters.

Anders ist es dagegen bei den Hausbesorgerverträgen. Der Hausmeister hat Portierdienste zu leisten, das Haus zu besorgen und zu

---

[4]) Lotmar a.a.O. S. 193.

[5]) Oertmann II 1 vor § 535 S. 740; Planck § 535 3 S. 804; Staudinger § 535 B III 1 S. 403; Spiro, Streitfragen S. 17; wohl auch Crome Lehrbuch S. 534 N. 46, S. 500.

[6]) Enneccerus II S. 362; Hoeniger a.a.O. S. 55, 146; Mittelstein S. 59; Philippovich ZBl. f. d. jur. Pr. 1934 S. 730.

[7]) Eine dritte Art der Behandlung solcher Fälle schlägt Laurent vor (Bd. 24 cap. 68 S. 78): „Une convention pareille serait régie par les principes généraux qui sont formulés au titre des Obligations; on ne pourrait pas appliquer les règles speciales . . ." — Mit den allgemeinen Bestimmungen allein dürfte man jedoch nicht auskommen.

[8]) Vgl. hierzu Kiefersauer a.a.O. S. 264 ff.; Krüger-Herbot a.a.O. S. 277 f., 279 f.; Lilienthal a.a.O. S. 5 ff., 18.

bewachen. Dafür wird ihm freie Wohnung gewährt. Eine Pflicht, diese zu bewohnen, ergibt sich aus der ganzen Gestaltung des Vertrages, weil der Hausmeister ohne seine dauernde Anwesenheit seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann. Hieraus ist bereits die Lösung der Frage ersichtlich, aus welchen Bestimmungen die Gebrauchspflicht folgt. Diese Pflicht stellt sich hier nicht als eine gesteigerte Obhutspflicht dar; auf eine besonders gute Erhaltung der Wohnung des Hausmeisters legt der Hausherr keinen Wert. Es kommt vielmehr darauf an, daß der Hausmeister seine Dienste ordnungsgemäß versieht. Dieser Pflicht kann er nur dann nachkommen, wenn er in dem Hause wohnt, dadurch dauernd zur Verfügung steht und auffindbar ist. Das Wohnenmüssen ist ein Teil der Dienste, die er zu leisten hat. Daher kommen in dieser Hinsicht auch Dienstvertragsregeln zur Anwendung. Das bedeutet vor allem, daß er die Wohnung beziehen muß, weil er dazu als zu einem Teil der Dienstleistung verpflichtet ist. Unterläßt er es, gerät er in Leistungsverzug. Dann kann der Dienstberechtigte fristlos kündigen (§ 626) und kann Schadenersatz verlangen (§§ 280, 286, 325, 326). Eine Klage auf Erfüllung ist wohl möglich[9]), aber nicht vollstreckbar[10]) (§ 888 Abs. 2 ZPO)[11]).

Auf ein solches Verhältnis sind auch die Mietvertragsregeln anzuwenden, aber in anderer Hinsicht. So obliegt z. B. dem Hausmeister wie jedem Mieter die pflegliche Behandlung der Wohnung[12]).

Ebenso verhält es sich in den Fällen, in denen das Übergewicht den Mietbestandteilen zufällt. Wenn sich z. B. ein Mieter n e b e n b e i zur Bewachung des Hauses verpflichtet gegen Nachlaß an Mietzins, dann folgt auch hier eine Gebrauchspflicht nur aus dem Dienstvertragsbestandteil. Ohne das Wohnen in dem Hause kann dieses nicht ordentlich bewacht werden. Auch hier sind die Dienstvertragsregeln auf die Wohnpflicht anzuwenden. Diese Fälle lassen sich beliebig vermehren. Der Vertrag, durch den einer Bank die Einrichtung einer Wechselstube im Hauptbahnhof München gestattet wurde, in dem sich die Reichsbahngesellschaft starke Rechte zum Eingriff in den Betrieb sicherte, enthielt u. a. auch Bestandteile eines Miet- und eines Dienstvertrages[13]). Die Pflicht, die Wechselstube zu bestimmten Zeiten offen zu halten, entsprang auch hier dem Dienstvertragsbestandteil.

Schon aus diesen wenigen Beispielen kann man folgern, daß sich bei aus Dienst- und Mietvertrag gemischten Verträgen die Gebrauchs-

[9]) Stein-Jonas Bd. I, IV vor § 253 bei N. 73 S. 9; Seuffert-Walsmann Bd. I 2 a vor § 253 S. 381; OLGE 10, 178 (OLG Königsberg); JW 1907 S. 672 Nr. 6 (RG). — Vgl. auch Stein-Jonas Bd. II § 888 III 3 S. 5, Seuffert-Walsmann Bd. II § 888 2 c S. 605.

[10]) Sächs. Arch. 1903, 377 und Seuff. Arch. 58, 127 (OLG Dresden).

[11]) Wohl aber ist der Weg des § 887 ZPO möglich: Vornahme der Handlung durch einen Dritten und Beitreibung der Kosten im Wege der Zwangsvollstreckung. — Stein-Jonas Bd. II § 887 II 2 a S. 2; Seuffert-Walsmann Bd. II § 887 2 S. 597.

[12]) Hoeniger a.a.O. S. 62; Philippovich ZBl. f. d. jur. Pr. 1934 S. 735.

[13]) Vgl. RGZ 108, 369 = JW 1924, 1962.

pflicht regelmäßig aus dem Dienstvertrag ergibt. Der Charakter dieser Pflicht ist ein ganz anderer als der der Gebrauchsverpflichtung bei reinen Miet- und Pachtverträgen. Es soll keine Steigerung der Obhutspflicht bewirkt werden, sondern die Dienstleistungen sind ohne Gebrauch garnicht möglich. Daher finden in diesen Fällen auf die Gebrauchspflicht die Bestimmungen über den Dienstvertrag Anwendung. Auch hier kann man von einer abhängigen oder mittelbaren Gebrauchspflicht sprechen, die jedoch eine Besonderheit aufweist. Hauptzweck des Vertrages ist die Dienstleistung, also ein ganz anderer Vertragstyp, während bei den partiarischen Verträgen es die Bestimmung des Mietzinses, also eines Teiles des Mietvertrages selbst ist. Die Behandlung ist daher insofern eine andere, als in diesem Falle nicht Miet-, sondern Dienstvertragsregeln anzuwenden sind, weil für die Hauptpflicht (im Gegensatz zur abhängigen Gebrauchspflicht) gesetzliche Regeln vorhanden sind. Bei den vorhin erwähnten Fällen war dies nicht so. Dort gab es lediglich vertragliche Abmachungen.

Zu beachten ist nur, daß nicht jede Gebrauchspflicht sich als Bestandteil eines Dienstvertrages darstellt[14]). Ob ein gemischter Vertrag vorliegt, ist in jedem Falle besonders zu prüfen.

Mischformen der Miete oder Pacht mit anderen Verträgen finden sich auch in anderer Art, z. B. ein aus Miete und Werkvertrag gemischter Vertrag. In allen Fällen muß zunächst festgestellt werden, aus welchen Bestandteilen er sich zusammensetzt, ob überhaupt eine Gebrauchspflicht besteht und aus welchem Rechtsverhältnis sie folgt; damit ist dann auch die Frage gelöst, welche Bestimmungen auf sie anzuwenden sind. In aller Regel wird sich die Nutzungspflicht aus dem der Miete oder Pacht beigemischten Bestandteil ergeben, weil von Gesetzeswegen bei Miete und Pacht abgesehen von § 591 eine solche Pflicht nicht vorhanden ist.

Wegen der ungeheuren Vielgestaltigkeit der Lebens- und Rechtsverhältnisse soll gar nicht der Versuch gemacht werden, diese Mischformen zu erschöpfen. Es wäre das unmöglich. Ein äußerst bestrittener Fall soll jedoch noch kurz erwähnt werden. Es handelt sich um den Filmverleihvertrag, dessen Rechtsnatur ebenso umstritten ist wie die Frage, ob der „Entleiher" zur Aufführung verpflichtet ist, und worauf das zurückzuführen ist.

Der Filmverleihvertrag regelt das Verhältnis zwischen dem Verleiher, dem der Hersteller des Films das Recht zur Verwertung — meist ein Monopolrecht — eingeräumt hat, und dem Lichtspieltheaterbesitzer. Sein Zweck ist, dem Theaterbesitzer das Recht und die Möglichkeit zur Aufführung zu geben gegen Entrichtung eines Entgeltes. Ein Leihvertrag scheidet somit von vornherein aus. Von einigen wird Pacht angenommen und zwar Pacht des Aufführungs-

[14]) Vgl. RGRK § 581 3 S. 227; Spiro, Streitfragen S. 18; RGZ 115, 20; HRR. 1929 Nr. 1208.

rechtes[15]). Dabei wird jedoch verkannt, daß es mit der Überlassung dieses Rechtes nicht getan ist, daß vielmehr zur Ermöglichung der Aufführung vor allem die Überlassung der Kopie gehört. Auch von einfacher Miete kann andererseits nicht gesprochen werden[16]), weil der Gebrauch des Films nicht ohne weiteres möglich und nicht das Wesentliche ist. Der Film muß erst aufgeführt werden und von dem dargestellten Bild wird Gebrauch gemacht. Vor allem aber darf nicht übersehen werden, daß urheberrechtliche Bestandteile vorhanden sind, und daß diesen sogar das Übergewicht zufällt[17]). Dem Theaterbesitzer muß vor allem gestattet sein, den Film vorzuführen. So kommt man zu dem Ergebnis, daß dieser Vertrag unter einen bestimmten Typ nicht gebracht werden kann, daß es sich vielmehr auch hier wieder um einen gemischten Vertrag handelt. Diesem Vertrage wohnen vor allem Bestandteile eines urheberrechtlichen Vertrages und der Pacht[18]) inne, wobei es auf die Gestattung und Einräumung des Aufführungsrechtes vor allem ankommt[19]). Es überwiegt der urheberrechtliche Teil, aber doch nicht so, daß die Pachtmerkmale ganz unbeachtet bleiben könnten.

Umstritten ist weiterhin die Frage, ob eine Aufführungspflicht besteht. Sicher ist, daß der Verleiher regelmäßig ein Interesse an der Aufführung hat. Enthält aber der Vertrag von sich aus eine solche Pflicht und, worauf es hier vor allem ankommt, entspringt diese Pflicht den Pachtbestandteilen? Diese Frage muß verneint werden. Eine Aufführungspflicht nehmen Goldbaum[20]) und Sternberg[21]) [22]) an. Beide suchen sie in Angleichung an gewerbliche Lizenzen und besonders an den Verlagsvertrag (§ 14 Verl.G.) zu bestimmen. Demgegenüber hat das Kammergericht mit Recht darauf hingewiesen, daß beim Verlagsvertrag ganz andere Verhältnisse vorliegen und daher aus dem Verlagsgesetz eine Pflicht ebensowenig hergeleitet werden kann, wie für die Aufführung von Bühnenstücken, mit welchem Vertrage der

---

[15]) Böhm a.a.O. S. 6, May a.a.O. S. 141.

[16]) Eckstein a.a.O. S. 206.

[17]) Eckstein a.a.O. S. 203 meint, das urheberrechtliche Moment fehle bei Landschafts- und Lehrfilmen ganz. Das ist nicht zutreffend. In diesen Fällen ist die Herstellung, Zusammenstellung, die oft von großem künstlerischen Wert ist, urheberrechtlich geschützt.

[18]) Wohl nicht des Mietvertrages, weil der Theaterbesitzer Früchte zieht, nicht aber den Film nur gebraucht. — A.A. Sternberg. ZBl f. d. jur. Pr. 1928 S. 833, der nur von Einräumung des Gebrauchs spricht. Ebenso Dienstag-Elster a.a.O. S. 231/2.

[19]) RG. 106, 364; LZ. 1927, 1340 ff. KG. Bl. f. Rpfl. 1927 S. 57. Daß der Vertrag auch Züge der Gesellschaft aufweisen kann, betont das RG. mit Recht. Nichts ist aber über das ganze Wesen des Vertrages ausgesagt, wenn v. Boehmer-Reitz a.a.O. S. 205 ihn als gesellschaftsähnlichen Vertrag ansprechen.

[20]) Goldbaum a.a.O. S. 105.

[21]) Sternberg Z. Bl. f. d. jur. Pr. 1928, 835.

[22]) Auch v. Boehmer-Reitz a.a.O. S. 214 bejahen die Spielpflicht, jedoch ohne Begründung.

Filmverleihvertrag noch die größte Ähnlichkeit aufweist[23]). Ganz unzutreffend ist es aber, wenn Goldbaum erklärt, auch wenn man den Vertrag als reinen Pachtvertrag auffasse, müsse man zur Bejahung einer Aufführungspflicht kommen, weil der Pächter den gepachteten Betrieb aufrechterhalten müsse[24]). Eine solche Pflicht ergibt sich nur für den Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes aus § 591 und kann nicht auf andere Betriebe ausgedehnt werden.

So darf also eine Spielpflicht für den Filmverleihvertrag nicht anerkannt werden. Doch wesentlich ist bei dieser Betrachtung, daß auch diejenigen, die sie annehmen, sie nicht aus dem Pachtbestandteile herleiten, sondern aus einer Angleichung zum Verlagsvertrage. Das bestärkt die Ansicht, daß bei den gemischten Verträgen die Gebrauchspflicht regelmäßig aus den beigemischten Bestandteilen folgt. Immerhin sind jedoch gerade bei mit der Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke verbundenen Verträgen andere Verhältnisse denkbar, weil hier schon aus dem Gesetz die Gebrauchspflicht folgt. Das sind jedoch seltene Ausnahmen.

§ 7. Beispiele stillschweigender Auferlegung.

Es ist vorhin behauptet worden, es sei möglich, daß bei einem Miet- oder Pachtvertrag die Gebrauchsverpflichtung sich auch stillschweigend aus den Umständen des Falles ergeben könne. Eine auch nur annähernd erschöpfende Behandlung solcher Fälle ist bei der Vielgestalt der Lebensverhältnisse schlechthin unmöglich und soll auch garnicht versucht werden. Doch seien einige der häufigsten und wichtigsten Fälle erwähnt.

Die partiarischen Verträge und diejenigen, bei denen sich der Pachtzins nach der Menge der gezogenen Früchte bemißt, sind bereits behandelt. In diesen Fällen besteht eine mittelbare Gebrauchspflicht. Fraglicher erscheint das Bestehen einer Gebrauchspflicht, wenn nebenher noch ein bestimmter Mindestsatz festgelegt ist. Dann ist das Interesse des Verpächters nicht so stark; er ist auf alle Fälle gesichert. Doch kommt auch durch diese Abrede noch der beiderseitige Wille zum Ausdruck, daß ein möglichst hoher Umsatz erzielt werden soll, was eben nur durch dauernden Betrieb möglich ist. So ist auch in diesen Fällen noch eine mittelbare Gebrauchspflicht anzunehmen[1]).

Eine Gebrauchspflicht ergibt sich auch aus der besonderen Sachlage, wenn jemandem eine Wohnung in einem Neubau billiger vermietet wird, damit das Haus nicht mehr unbewohnt erscheint[2]). Ebenso ist sie anzunehmen, wenn Läden oder Gastwirtschaften in

[23]) Bl. f. Rpfl. 1927, 57. Ebenso Dienstag-Elster a.a.O. S. 242.

[24]) Goldbaum a.a.O. S. 106.

[1]) Wie hier Crome Part. Rechtsg. S. 65 f., RG im Recht 1925 Nr. 2413; ähnlich auch C. Stern JW 1932, 2059. — A.A. Ebel-Lilienthal a.a.O. S. 21; zweifelnd Bernhard JW 1932, S. 2386.

[2]) Beispiel von Oertmann I 2 b vor § 535 S. 737.

einem Bahnhof, einem Theater oder ähnlichen Gebäuden verpachtet werden, weil es hier dem Verpächter im Interesse des Publikums auf einen dauernden Betrieb ankommt[3]). Ebenso verhält es sich bei der Verpachtung einer Garderobe, wenn nicht schon Dienstvertrag vorliegt[4]). Nicht dagegen ist eine Gebrauchspflicht aus der Abrede zu entnehmen, daß der Laden „zum Betriebe" eines bestimmten Geschäftes vermietet sei. Diese Klausel hat lediglich den Zweck zu verhüten, daß die Räume in anderer Weise verwendet werden. Eine Gebrauchspflicht kann man daraus allein noch nicht ableiten[5]); sie kann sich aber aus anderen Umständen ergeben[6]).

Das normale Interesse, das ein Verpächter eines Ladens oder einer Gastwirtschaft an der Aufrechterhaltung des Betriebes und der Erhaltung des Kundenkreises hat, genügt zur Annahme einer Gebrauchspflicht nicht[7]). Will sich der Verpächter sichern, so muß er eine darauf hindeutende Bestimmung in den Vertrag aufnehmen. Ein über das normale hinausgehendes Verpächterinteresse haben wir bei den partiarischen und ähnlichen Verträgen kennengelernt. Es ist dabei jedoch zu berücksichtigen, ob sich nicht eine Gebrauchsverpflichtung aus der normalen Obhutspflicht ergibt. Wenn nicht nur ein Ladenraum gepachtet ist, sondern ein vollständig eingerichteter Betrieb, der bei Einstellung sofort zerfallen würde und nicht wiederhergestellt werden könnte, dann erfordert schon die Obhutspflicht über den Gegenstand eine dauernde Fortführung des Betriebes. So liegen die Dinge regelmäßig bei der Unternehmenspacht. Hier darf man die Augen nicht verschließen vor den Erfordernisse einer gesunden Wirtschaft und muß zugeben, daß durch Einstellen des Betriebes das ganze Unternehmen wertlos gemacht werden kann. Etwas derartiges verstößt jedoch gegen die Obhutspflicht. Gibt der Pächter ein so wertlos gewordenes Unternehmen zurück, dann ist er seiner Pflicht zur Sorge über die Sache nicht nachgekommen. Es umfaßt somit auch schon die normale Obhutspflicht eine Gebrauchspflicht. Es müssen jedoch immer die Verhältnisse des Einzelfalles berücksichtigt werden.

Zweifelhaft ist es in den Fällen, in denen der Pächter einen konzessionierten Betrieb gepachtet hat, vor allem eine Gastwirtschaft. Von einigen wird behauptet, daß in diesen Fällen eine Gebrauchspflicht anzunehmen sei, weil durch Nichtgebrauch die Konzession erlösche oder doch gefährdet werde, und daß die Neuerlangung einer

---

[3]) Mittelstein S. 349 N. 4; Brandis JW 1932 S. 632.

[4]) Vgl. auch RGZ 140, 206; OLGE 10, 171 (OLG. Kiel).

[5]) Mittelstein S. 349; Ebel-Lilienthal a.a.O. S. 21; B. Stern a.a.O. S. 42; Bernhard JW 1932, 2386; Brandis JW 1932, 631; Herzog DMR 1932, 1285; Arch. f. Rpfl. 1932, 327 ff. (OLG Dresden). — Dahingestellt sein läßt es das KG in Grund E. 1933, 471.

[6]) Schweitzer Grund E 1932, 827; RG in Seuff. A. 87, 134 f.; LG. Hagen in Grundst. Warte 1932, 335.

[7]) Bernhard JW 1932, 2386; RG in RGZ 136, 436; 138, 197; Grund E. 1933, 358 f.; LG Köln in DMR 1932, 1324. — A.A. insbes. OLG Karlsruhe Puchelt 37, 386 f. Gegen dieses Niendorff a.a.O. S. 176.

erloschenen Konzession, besonders der Schankerlaubnis, außerordentlich erschwert sei; denn es müsse das Bestehen eines Bedürfnisses nachgewiesen werden, was auf große Schwierigkeiten stoße, wenn schon einmal eine Konzession durch Nichtausübung erloschen sei[8]). Diese Gründe sind ohne weiteres anzuerkennen. Doch folgt aus ihnen nicht etwa, daß der Pächter zum dauernden Betrieb verpflichtet sei, sondern nur, daß er für die Erhaltung der Konzession zu sorgen habe. Wenn dazu allerdings eine dauernde Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich ist, so ergibt sich daraus mittelbar wieder eine Gebrauchspflicht. Bei Gastwirtschaften ist das jedoch nicht nötig. Es genügt vielmehr, wenn in jedem Jahr eine konzessionspflichtige Handlung vorgenommen wird (§ 4 Abs. 2 Gast.G.)[9]).

Es muß überhaupt zu gelten haben, daß man nicht zu leicht eine solche Gebrauchsverpflichtung annehmen darf. Grundsätzlich hat der Pächter selbst das größte Interesse am Fortbetrieb. Stellt er ihn ein, weil er keinen Gewinn erzielt, so wird er damit dennoch meist einen größeren Verlust erleiden durch die Pflicht zur Weiterzahlung des Pachtzinses, als wenn er den Betrieb trotz fehlender Rentabilität weiterhin aufrecht erhält[10]).

Es handelt sich bei einer Gebrauchspflicht immer um einen Ausnahmefall, dessen Vorliegen sich stets klar und eindeutig aus den Umständen des ganzen Falles ergeben muß. Ohne irgendwelche besonderen Vertragsabreden oder sonstigen äußerlich erkennbaren Umstände darf sie nicht angenommen werden; denn dadurch gerät der Mieter oder Pächter in eine wesentlich schlechtere Lage, indem sich seine Verpflichtungen um eine ganz bedeutende erweitert haben.

§ 8. Die Gebrauchspflicht im ausländischen Recht.

Ein kurzer Blick soll noch auf das ausländische Recht geworfen werden. Ganz anders ist die Frage einer Gebrauchspflicht in der französischen Rechtsprechung beurteilt worden, wodurch wohl auch einige deutsche Schriftsteller[1]) beeinflußt worden sind.

Art. 1728 code civil lautet: Le preneur est tenu de deux obligations principales: 1° D'user de la chose louée en bon père de famille . . . . " Aus dieser Verpflichtung hat die gesamte französische Literatur und Rechtsprechung die Verpflichtung des Mieters abgeleitet, die Sache überhaupt zu gebrauchen[2]). Es obliegt dem Mieter

---

[8]) Oelze DMR 1932, 1278; Spiro Grundst. Warte 1932, 159; C. Stern JW 1932, 2059; LG. Hagen Grundst. Warte 1932, 335.

[9]) Kerstiens a.a.O. S. 188; Brandis JW. 1932, 632.

[10]) Vgl. auch LG. Köln in DMR. 1932, 1324.

[1]) Z. B. Scherer § 550 4 S. 721, der auf Laurent verweist.

[2]) Kaden a. 1728 S. 583; Kohler Arch. Ziv. Pr. 71, 402 ff.; Zachariä S. 549; Laurent Bd. 25 cap. 252 S. 270; Aubry et Rau § 367 S. 308; Dalloz Nr. 655 S. 767; am besten P e r r e a u bei Planiol-Ripert cap. 565 S. 703: „Usage de la chose. — Mais c'est aussi une obligation, car

nicht bloß, wie im deutschen Recht, eine einfache Obhutspflicht. In gewissen Fällen hat sich jedoch die Ansicht Bahn gebrochen, daß man mit dieser auch schon auskommen kann, so bei der Miete eines Hauses, wo es genügt, wenn wenigstens gereinigt, gelüftet und auch geheizt wird. Dagegen besteht bei der Miete von Läden, bei der Pacht von Geschäften und Landgütern für den Mieter oder Pächter die unbedingte Pflicht zum Gebrauch und zur Nutzung[3]). Kommt er dieser Pflicht nicht nach, schließt er auch nur für kürzere Zeit das Geschäft, dann kann der Vermieter oder Verpächter sofortige Aufhebung des Vertrages und Schadenersatz verlangen (a. 1729, 1766 c.c.). Vor allem darf der Pächter nicht den Verlust der Kundschaft herbeiführen.

Diese ganze Auffassung erscheint uns etwas befremdlich, da sich doch eine so weitgehende Pflicht des Mieters aus dem a. 1728 nicht ableiten läßt. Es scheint richtiger, den Ton weniger auf den Gebrauch selbst zu legen, als auf die Art und Weise des Gebrauches, wenn ein solcher gemacht wird. So hat auch das RG[4]) bei der Pacht[5]) des Ausbeutungsrechtes von Eisenerzgruben, die, weil im Bereich des rheinischen Rechts gelegen, nach dem Code civil zu beurteilen war, angenommen, daß durch den a. 1728 nicht eine unbedingte Verpflichtung des Pächters zur Ausbeutung der Gruben festgelegt sei, vielmehr nur die Pflicht, wie ein bonus pater familias mit ihnen zu verfahren. Bei Unrentabilität könne er jedoch einstellen[6]). Dieser Ansicht ist der Vorzug vor der französischen zu geben.

Es ist jedoch sehr deutlich zu sehen, daß auch in der französischen Auffassung die Gebrauchspflicht in einer gesteigerten Obhutspflicht besteht. Diese ist eigentlich nur nach unserer Ansicht gesteigert, dem Franzosen scheint sie das normale. Es gehört dort zur einfachen Obhutspflicht, daß man die Sache gebraucht. Eine weitere Besonderheit des französischen Rechts ist die Pflicht zur Einbringung

---

l'abstention par le preneur d'exercer ce droit pourrait être pour le bailleur la source d'un préjudice. Si donc il s'agit d'une maison d'habitation, le preneur doit y résider, ou tout au moins la tenir ouverte, assurer l'aération et le chauffage, également nécessaires pour maintenir l'immeuble en bon état d'entretien. Si c'est un local à usage commercial ou industriel, le preneur doit jusqu'à la fin du bail y exercer le commerce ou l'industrie auquel ce local était antérieurement affecté. Si c'est un bâtiment consacré à une exploitation agricole, il doit être utilisé soit par le fermier, soit par ses préposés, dans la mesure où l'exigent les besoins de cette nature d'exploitation. Il est interdit, d'autre part, au fermier d'abandonner la culture, de laisser les terres en friches ou de ne pas faucher les prairies . . .".

[3]) Vergl. die Beispiele bei Kohler, Arch. Ziv. Pr. 71, 402 ff.

[4]) Puchelt 18, 231.

[5]) Nach heutigem Recht ist ein solcher Vertrag Pacht der Abbaugerechtigkeit, nicht aber, wie Roth Jur. Rundschau 1926, 274 meint, ein pachtähnlicher Ueberlassungsvertrag. Wie hier Kuhlenbeck JW 1902, 553.

[6]) Wenn Scherer § 581 11 S. 777 meint, unter der Herrschaft des BGB lasse sich diese Entscheidung nicht aufrecht erhalten, so ist das nur vom Standpunkt eines allgemeinen Prinzips der Nutzungspflicht zu verstehen.

von Möbeln bei der Miete von Wohnungen[7]) (c. c. a. 1752)[8]). Zumindest muß Sicherheit geleistet werden.

Vom französischen code civil hat sich die Bestimmung des a. 1728 über den gesamten französischen Rechtskreis verbreitet und kehrt zumeist wörtlich in den Gesetzbüchern wieder[9]). Dennoch hat sich die französische Auffassung dieser Bestimmung keineswegs überall durchgesetzt. Sehr deutlich wird dies durch ein Beispiel aus der italienischen Literatur. Art. 1583 1° codice civile italiano[10]) stimmt wörtlich mit dem a. 1728 1° code civil français überein. Dennoch leitet Ricci[11]) daraus nicht eine unbedingte Gebrauchspflicht ab, sondern meint, der Gesetzgeber habe nur sagen wollen, wenn der Mieter Gebrauch mache, müsse er auch wie ein guter Hausvater mit der Sache verfahren. An mehreren Beispielen weist er dann nach, daß eine Gebrauchspflicht nur dort anzunehmen sei, wo die Sache durch Nichtgebrauch leide. Auch er stellt also auf die nach unserer Meinung einfache Obhutspflicht ab.

Wie im deutschen Rechte wird eine allgemeine Gebrauchspflicht abgelehnt im österreichischen[12]) und im schweizerischen[13]) Recht, wobei letzteres die Obhutspflicht etwas weiter auffaßt und z. B. dem Mieter eine Pflicht zur Erhaltung des Kundenkreises auferlegt.

Ein Vergleich mit dem angelsächsischen Rechte ist wegen der ganz anders gearteten Rechtsauffassungen schwer möglich. Es kann immerhin gesagt werden, daß der Pächter regelmäßig zur Nutzung nur berechtigt, nicht aber dazu verpflichtet ist. Eine einfache Obhutspflicht besteht. Es finden sich jedoch, wenn auch sehr selten, Vertragsabreden, daß der tenant oder lessee zum Betriebe eines bestimmten Gewerbes verpflichtet ist[14]). Aus dem Wesen der ganzen englischen Pachtverhältnisse folgt, daß weit häufiger dem lessee die Verpflichtung auferlegt wird not to use the demised premises as a coffee-house, as a public-house or beershop, „not to carry on certain trades thereon"[15]), oder ähnliche Abreden. Die gleiche Rechtsauf-

---

[7]) Vergl. Kaden a.a.O. zu a. 1752 S. 589; Zachariä a.a.O. S. 569.

[8]) Ebenso c. c. ital. art. 1603.

[9]) Italien a. 1583 1°; Spanien a. 1555 2°; Portugal a. 1608 3°; Holland a. 1596 1°; ebenso meist im südosteuropäischen und südamerikanischen Recht: z. B. Rumänien a. 1429 1°; Brasilien a. 1192 1°.

[10]) „Il conduttore ha due obligazioni principali: 1° Deve servirsi della cosa locata da buon padre di famiglia . . . .".

[11]) Ricci S. 169 f.: „Potrebbe osservarsi, che il legislatore non impone al conduttore l'obligo di servirsi della cosa locatagli, bensi gli prescrive di servirsene da buon padre di famiglia, il che vuol dire, che se esso intenda servirsi della cosa locata, non può servirsene altrimenti che da buon padre di famiglia."

[12]) Klang a.a.O. § 1098 I 2 a S. 38.

[13]) Guhl a.a.O. S. 176; Oser a.a.O. § 261 2 b γ S. 582.

[14]) Vergl. Wadham v. Postmaster-General (1871) in Mews' Digest S. 1574/75; Bryant v. Hancock & Co. (1899) und Palethorpe v. Home Brewery, Lim., (1906) in Mews' Digest S. 1597/98; Foa S. 279. — Auch Langenbach a.a.O. S. 436.

[15]) Williams S. 556.

fassung spricht aus einer Entscheidung[16]), die feststellte, daß eine Gebrauchspflicht nicht daraus hergeleitet werden könne, daß ein Gebäude zum Betriebe eines Opernhauses verpachtet sei.

So kann also festgestellt werden, daß auch in den außerdeutschen Rechten eine Gebrauchsverpflichtung von Gesetzes wegen nicht besteht, sondern daß sie als Ausnahmeerscheinung vertraglich ausbedungen werden muß. Lediglich in Frankreich hat sich der Rechtssatz ausgebildet, daß der Mieter die Mietsache auch benutzen muß. Doch ist auch hier schon eine, wenn auch geringe, Milderung der Verpflichtung für gewisse Fälle eingetreten.

§ 9. Ergebnis.

Zusammengefaßt hat die Untersuchung folgendes ergeben: Außer den gewöhnlich vorkommenden Pflichten kann dem Mieter oder Pächter zusätzlich eine Gebrauchspflicht auferlegt werden. Es gibt sogar einen gesetzlichen Fall, der im § 591 zum Ausdruck kommt. Die Gebrauchspflicht ist nun ihrem Wesen nach in zwei Gruppen einzuteilen, einmal in die selbständige und sodann in die mittelbare oder abhängige. Eine Gebrauchspflicht um ihrer selbst willen kann es nicht geben; denn dann würde es sich bereits um einen Arbeitsvertrag handeln. Die selbständige Gebrauchspflicht verfolgt als Endzweck auch nicht den Gebrauch als solchen, sondern sie hat zum Ziele eine gesteigerte Obhut der Sache. Durch den Gebrauch wird die Sache erhalten oder verbessert, und diese Erhaltung oder Verbesserung wird erstrebt. Deutlicher noch tritt dies bei der abhängigen Gebrauchspflicht hervor, deren Wesen darin besteht, daß das Ziel einer besonderen Nebenabrede nur durch den Gebrauch erreicht werden kann. Beiden gemeinsam ist aber, daß die Sache gebraucht werden soll.

Die selbständige Gebrauchspflicht steht in einer Wechselbeziehung zur Abnahme; denn sie obliegt dem Verpflichteten nur dann, wenn er die Sache abgenommen hat. Sie ist eine Obhutspflicht, deren Maßstab strenger gefaßt ist. Von ihr kann sich in der Regel der Verpflichtete dadurch befreien, daß er die Sache dem Vermieter oder Verpächter zurückgewährt. Dieser kann bei Nichtausübung des pflichtgemäßen Gebrauchs fristlos kündigen und Schadenersatz verlangen. Nicht aber kann er auf Gebrauchsausübung klagen. Eine solche Abrede kann jedoch im Vertrage getroffen werden; dann wird dem Vertrag aber schon ein Bestandteil eines Dienstvertrages beigemischt.

[16]) Croft v. Lumley in Mews' Digest S. 1621. Der Pächter eines Opernhauses hatte sich verpflichtet, „that he would not convert the same to any other use than for performing operas, but would use it utmost endeavours to improve the same for that use and purpose . . .". Das Gericht hielt ihn nicht für verpflichtet, das Haus auch bei Verlust für Vorstellungen offen zu halten.

Bei der mittelbaren oder unselbständigen Gebrauchspflicht richtet sich das ganze Verhältnis nach der Verpflichtung, aus der sich die Gebrauchspflicht ergibt. Auch hier wird in der Regel eine Klage auf Gebrauchsausübung nicht möglich sein. Doch kann Aufhebung des Vertrages und Schadenersatz verlangt werden.

Was das Vorkommen der Gebrauchspflicht angeht, so handelt es sich dabei um eine Verpflichtung, die nur in seltenen Fällen den Verträgen hinzugefügt wird. Das kann durch ausdrückliche Abrede geschehen, oder aber auch stillschweigend sich aus den Umständen ergeben. In letzterem Falle muß man sehr vorsichtig vorgehen und sich fragen, ob ein Gebrauch der Sache tatsächlich gewollt war. Weil es sich um eine Ausnahmeerscheinung handelt, muß man eher eine einschränkende als eine extensive Auslegung vornehmen. Dabei handelt es sich meist schon mehr um eine rein praktische Frage als um eine Rechtsfrage. Diesen Fragen wird man leichter auf den Grund kommen, wenn man an Hand der hier aufgestellten Begriffe der Gebrauchspflicht feststellt, ob eine solche gesteigerte Obhut gewollt war oder nicht, und ob die vereinbarte Pflicht tatsächlich einen Gebrauch erfordert.

Verzeichnis der benutzten Bücher und Zeitschriften.

v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht. I. Bd.: Altschwedisches Obligationenrecht, Leipzig 1892. Bd. II: Westnordisches Obligationenrecht, Leipzig 1895.

Arnold: Skizzen zum bürgerl. Gesetzbuche X. Betrachtungen über Miete und Pacht. Seuff. Bl. 63 (1898) S. 325 ff., 341 ff.

Aubry et Rau: Cours de droit civil Français. Bd. V 5. Auflage Paris 1907.

Bernhard: Das außergewöhnliche Kündigungsrecht von Gastwirtschaftspachten JW 1932 S. 236 f.

Böhm: Verträge im Filmgewerbe, Berlin, Leipzig 1919.

v. Boehmer-Reitz: Der Film in Wirtschaft und Recht, Berlin 1933.

Borcherdt: Handbuch des deutschen Mietsrechts, Breslau 2. Aufl. 1912.

Brandis: Zur Auslegung der Art. 8 und 9 der Verordnung über die außerordentliche Mietkündigung, JW 1932 S. 630 ff.

Brodmann: Die Handelsgeschäfte in Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von V. Ehrenberg, Bd. IV, 2. Hälfte S. 1 ff. Leipzig 1918.

Bruck: Die Obhutspflicht des Mieters und seine Haftung für Dritte, bes. Familienangehörige und Dienstboten, Arch. f. bürgerl. Recht Bd. XXVII S. 110 ff.

Brückner: Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem Bürgerl. Gesetzbuche, 2. Aufl. Leipzig 1902.

v. Buchka: Die indirekte Verpflichtung zur Leistung. Rost. Rechtswiss. Studien II. Bd. 4. Heft, Leipzig 1904.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürg. Rechts, Bd. I, 8. Aufl. Jena 1927.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.

—, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Recht, Freiburg 1897.

Dalcke: Preußisches Jagdrecht. Bearb. von Delius, 6. Aufl. Breslau 1914.

Dalloz: Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence, Bd. VII, Paris 1915.

Dernburg-Engelmann: Das bürgerliche Recht, 2. Bd. 1. Abt. Die Schuldverhältnisse, 4. Aufl. Halle 1909.

Dernburg-Raape: Das bürgerliche Recht, 2. Bd. 2. Abtl. die Schuldverhältnisse, 4. Aufl. Halle 1915.

Dienstag-Elster: Handbuch des deutschen Theater-, Film-, Musik- und Artistenrechts, Berlin 1932.

Ebel-Lilienthal: Mietsenkung, Kündigung, Lockerung der Zwangswirtschaft nach der 4. Notverordnung und den Durchführungsbestimmungen des Reichspräsidenten, 2. Aufl. Berlin 1932.

Eckstein: Deutsches Film- und Kinorecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. I, 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearb. Marburg 1932.

Foa: The Relationship of Landlord and Tenant, 6. Aufl. London 1924.

Fuld: Das Mietrecht, Leipzig 1898.

Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung Bd. I u. II, 15. Aufl. Tübingen 1934.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht, 3. Bd. Schuldrecht, München und Leipzig 1917.
Goldbaum: Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl. Berlin 1927.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerl. Gesetzbuch, 1. Bd. 2. Aufl. Berlin 1903.
Guhl: Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1933.
Henle: Lehrbuch des bürgerl. Rechts: Schuldrecht, Rostock 1934.
Herzog: Die Kündigung der Notverordnung bei gewerblichen Räumen und wirtschaftlichen Unternehmungen. DMR. 1932, S. 1285.
Hoeniger: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim u. Leipzig 1910.
Huth: Haftung des Mieters dem Hauswirt gegenüber für Beschädigungen, welche beim Umzuge die Angestellten des Fuhrunternehmers verursacht haben. DJZ. 1907, S. 283.
Jacobi: Die Abnahmepflicht des Käufers unter Berücksichtigung der Abnahmepflicht des Werkbestellers. Iher. J. 45. Bd. S. 259 ff.
Jaeger: Komm. zur Konkursordnung, Bd. I, 5. Aufl. Berlin 1916.
Jakubezky: Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, München 1892.
Josef: Die freie Wohnung des Bediensteten. Seuff. Bl. Bd. 74, S. 717 ff.
Kaden: Anmerkungen zu Code civil Art. 1101—2070 in Die Zivilgesetze der Gegenwart, begr. von Heinsheimer, Bd. 1, Frankreich: Code civil, München-Berlin-Leipzig 1932.
Kerstiens: Gaststättenpolizei in Drews: Preußisches Polizeirecht 2. Bd. bes. Teil, S. 182 ff. Berlin 1933.
Kiefersauer: Grundstücksmiete, 4. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1932.
Klang: Komm. zum Allgem. bürgerl. Gesetzbuch, 3. Bd. Wien 1932.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 2. Bd. 1. Teil, Schuldrecht, Berlin 1906.
—, Der Gläubigerverzug, Arch.Bürg.R. 13, S. 149.
—, Ueber die Verpflichtungen des Pächters eines Geschäftsetablissements, Arch.ziv.Pr. 71, S. 397 ff.
—, Annahme und Annahmeverzug, Iher.J. 17, S. 261 ff.
Kress: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929, Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, München 1934.
Kretschmar: Besprechung von Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte, Krit.Viertelj.Schr. 44 S. 156 ff.
Krieg: Mietrecht in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, Bd. IV, Berlin-Leipzig 1927.
—, Das Mietrecht nach der 4. Reichsnotverordnung vom 8. Dezember 1931. MG 1932 S. 39 ff.
Krüger-Herbot: Das gesamte Mietnotrecht in Preußen, Komm. 2. Aufl. Berlin 1928.
Kuhlenbeck: Pachtvertrag JW 1902 S. 553 ff.
Langenbach: Leases, in Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. II, Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen, Teil I, S. 441 ff. Mannheim-Berlin-Leipzig 1931.
Laurent: Principes de droit civil, Bd. 24, 25, 5. Aufl. Bruxelles, Paris 1893.
Leonhard: Besonderes Schuldrecht des BGB. München und Leipzig 1931.
Lilienthal: Werkwohnungen. Tod des Mieters. Konkurs. In: Mietfragen des täglichen Lebens, Bd. 5, Berlin 1930.
Locher: Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, Arch.ziv.Pr. 121, S. 1 ff.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Bd. I, Leipzig 1902.

v. Madai: Die Lehre von der mora. Halle 1837.
Manresa y Navarro: Comentarios al Código civil Español, Bd. 10, 3. Aufl. Madrid 1919.
May: Das Recht des Kinematographen. Berlin 1912.
Mews' Digest: Mews' Digest of English Case Law, Bd. 11. 2. Aufl. London 1925.
Mittelstein-Stern: Die Miete nach dem Recht des deutschen Reiches, 4. Aufl. Berlin 1932.
Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Bd. 2, Berlin u. Leipzig 1888.
Mühsam: Die Hausverwaltung. Berlin 1932.
Niendorff: Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. Berlin 1914.
Oelze: Ist die auf Grund der Notverordnung ausgesprochene Kündigung von Gastwirtschaftspachtverträgen wirksam? DMR. 1932, S. 1277 f.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch, 2. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. Berlin 1929.
Oser: Das Obligationenrecht, Bd. I, Zürich 1915.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das deutsche Reich, 4. Aufl. Lahr 1900.
Planck-Strohal: Komm. zum Bürgerl. Gesetzbuch, 2. Bd., 1. Hälfte, Berlin 1914, 2. Hälfte, Berlin und Leipzig 1928, 4. Aufl.
Planiol-Ripert: Traité pratique de droit civil français, Bd. 10, Paris 1932.
Philippovich: Vermischte Miet- und Dienstverträge, Zentr.bl.f.d.Jur. Pr. 1934 S. 641 ff., 721 ff.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, Berlin 1898.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Bestimmungen, Berlin 1903.
Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 8. Aufl. Berlin-Leipzig 1934.
Ricci: Corso teoretico-pratico di dirotto civile, Bd. 8, 3. Aufl. Roma, Torino, Napoli, 1923.
Roth: Aufwertung des nach Stabilisierung der Währung laufenden Tonnenzinses aus einem vor Beginn der Inflation abgeschlossenen Kohlenabbauvertrage. J.Rundschau 1926, S. 272 ff.
Ruth: Geschäftspacht, MG 1932, S. 147 ff.
Scherer: Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Erlangen 1899.
Schneider: Der Begriff der Erfüllungshandlung nach § 278 BGB. Iher.J. 53, S. 1 ff.
Schwabe: Die Abnahmepflicht, Marburg. Diss., Frankfurt 1919.
Schweitzer: Die außerordentliche Mietkündigung nach der Reichsnotverordnung vom 8. Dezember 1931. Grund E. 1932, S. 826 f.
v. Seuffert-Walsmann: Komm. zur Zivilprozeßordnung, 1. Bd. 12. Aufl., München 1932; 2. Bd. 1933.
Siber: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, Leipzig 1931.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. Stuttgart 1931.
Spiro: Streitfragen zur außerordentlichen Kündigung von Mietverträgen nach der 4. Notverordnung, Berlin 1932.
—, Zum Einfluß des Benutzungszwanges auf die außerordentliche Kündigung von Mietverträgen nach der 4. Notverordnung. Grundstückswarte 1932, S. 129 f.
v. Staudinger: Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd. 9. Aufl., 1. Teil 1930, 2. Teil 1928.

Stern, Bruno: Das Recht des Privathausbesitzes nach der Notverordnung des Reichspräsidenten vom 8. Dezember 1931, Berlin 1932.
Stern, Carl: Das außergewöhnliche Kündigungsrecht bei Gastwirtschaftspacht- und ähnlichen Verträgen, JW 1932, S. 2058 f.
Sternberg: Natur und Wirkung des Filmleihvertrages, Zentralblatt für die juristische Praxis 1928, S. 828 ff.
Strauß: Die Miete nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1908.
Warneyer: Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd. 2. Aufl. Tübingen 1930.
Weigand: Komm. zum Reichsjagdgesetz vom 3. Juli 1934, München 1935.
Williams: Principles of the Law of Real Property, 23. Aufl., London 1920.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von Kipp, Bd. 2, 9. Aufl., Frankfurt 1906.
Wolff: Zur Lehre von der mora, Göttingen 1841.
Zachariä-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts, Bd. 2, 8. Auflage, Freiburg 1894.